

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS  
TÉCNICAS DEREPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST  
MORTEM EN EL PERÚ”**

**Presentada por:**

**Bach. GEISSLER MILAGROS GAONA JIMÈNEZ**

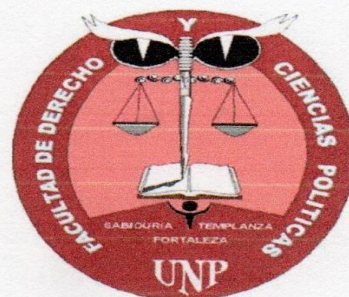
**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Línea de Investigación:  
Legislación y Ciencias Políticas**

**Sub línea de Investigación:  
Derecho Civil-Nuevas Tendencias**

**PIURA – PERÚ  
2019**

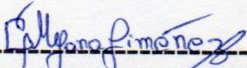
**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS  
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST  
MORTEM EN EL PERÚ”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

  
-----  
Bach. GEISSLER MILAGROS GAONA JIMÉNEZ  
Ejecutora

  
-----  
Dra. JACQUELINE SARMIENTO ROJAS  
Asesor

**Línea de Investigación: Legislación y Ciencias Políticas**  
**Sub línea de Investigación: Derecho Civil: Nuevas Tendencias**

**PIURA – PERÚ**  
**2019**



## DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **GEISSLER MILAGROS GAONA JIMÉNEZ** identificada con DNI N°48431189, en la condición de Egresada, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en **CONSUELO DE VELASCO MZ "O" Lote 38 Calle los Jazmines**, Distrito de Veintiséis de Octubre, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **943645263**, Email: [geissler27@outlook.com](mailto:geissler27@outlook.com).

### Título

**“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DEREPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ”**

**DECLARO BAJO JURAMENTO:** que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura, 29 junio del 2019

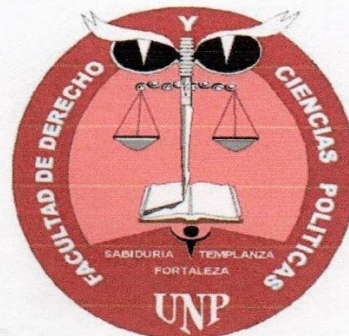
DNI N°48431189

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS  
TÉCNICAS DEREPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST  
MORTEM EN EL PERÚ”**

**TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO**

**DR. ROBERTO PALACIOS MARQUÉZ**  
**Presidente**

**DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA**  
**Secretario**

**MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LÓPEZ**  
**Vocal**

**PIURA – PERÚ**  
**2019**





**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**



**"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**  
**083-UI-FDCCP-UNP-2019**

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada **"LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ"** presentada por la Bachiller **GAONA JIMENEZ GEISLER MILAGROS** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento de la Dra. Jacqueline Sarmiento Rojas; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ( ☒ )

DESAPROBADA ( ☐ )

Con la mención de:

Sobresaliente

- ( ☒ ) En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- ( ☐ ) En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 07 de diciembre de 2019

DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ  
PRESIDENTE

DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA  
SECRETARIO

MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de investigación está dedicado a todas las mujeres que, fueron diagnosticadas con infertilidad, quienes anhelan ser madres viéndose en la necesidad de recurrir a centros especializados para acceder a Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

A mi adorada mamá Teo, quien es mi mejor ejemplo de vida.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por ser mi guía durante toda mi carrera y otorgarme la sabiduría para lograr cada una de mis metas.

A mis padres, por su constante motivación, dedicación, paciencia y por su confianza, para lograr mis metas.

Finalmente, agradecer a todos los docentes y autoridades de mi Facultad, por haberme permitido concluir esta etapa. Gracias por orientarme y guiarme en el desarrollo de esta investigación.

## INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN .....	15
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	16
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	16
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	17
1.2.1. Problema General .....	17
1.2.2. Problema Específico .....	17
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN .....	17
1.4. OBJETIVOS.....	17
1.4.1. Objetivo General .....	17
1.4.2. Objetivo Específico .....	17
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	18
1.5.1. Espacial .....	18
1.5.2. Temporal .....	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	19
2.2. BASES TEÓRICAS .....	20
2.2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	20
2.2.2. Fecundación Post Mortem .....	20
2.2.3. El consentimiento .....	21
2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS .....	22
2.4. MARCO REFERENCIAL .....	23
2.4.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .....	23
2.4.1.1. Antecedentes.....	23
2.4.1.2. Definición .....	24
2.4.1.3. Clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida .....	24
2.4.1.4. La crio preservación de gametos y embriones. ....	29
2.4.1.5. Accesibilidad a las técnicas de reproducción humana asistida .....	32
2.4.1.6. Las técnicas de reproducción asistida en la legislación peruana .....	32
2.4.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM. ....	36
2.4.2.1. Concepto.....	36
2.4.2.2. Clases de fecundación post mortem. ....	37
2.4.2.3. Elementos de Fecundación Post Mortem. ....	37
2.4.2.4. Filiación Post Mortem .....	37
2.4.2.5. Requisitos de la Fecundación Post Mortem. ....	38



2.4.2.6.	Requisitos para la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem.	38
2.4.2.7.	Problemas jurídicos de la técnica de reproducción asistida post mortem.	39
2.4.3.	EL CONSENTIMIENTO	42
2.4.3.1.	Tipos de consentimiento.	42
2.4.4.	LA FILIACIÓN.	43
2.4.4.1.	Definición de filiación.	43
2.4.4.2.	Características de la filiación.	43
2.4.4.3.	La determinación de la filiación.	43
2.4.4.4.	Clases de filiación.	43
2.4.4.5.	La Filiación En La Legislación Peruana	44
2.4.4.6.	Filiación proveniente del uso de métodos de reproducción asistida.	45
2.4.4.7.	La filiación post mortem.	46
2.4.5.	DERECHOS DEL NIÑO CONCEBIDO BAJO TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.	48
2.4.5.1.	Derecho a la identidad	48
2.4.5.2.	Derechos sucesorios.	49
2.4.6.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	49
2.4.6.1.	Definición del Interés Superior del Niño.	49
2.4.6.2.	El sistema internacional de protección de los derechos del niño	50
2.4.6.3.	En la Convención sobre los Derechos del Niño.	50
2.4.6.4.	El Interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.	50
2.4.7.	DERECHOS REPRODUCTIVOS	51
2.4.7.1.	El reconocimiento de los derechos reproductivos en la legislación peruana.	52
2.4.8.	EL MATRIMONIO	52
2.4.8.1.	Concepto de matrimonio.	52
2.4.8.2.	Naturaleza jurídica del matrimonio	53
2.4.8.3.	Matrimonio como acto jurídico familiar. –	54
2.4.8.4.	Características del matrimonio.	54
2.4.8.5.	Importancia del matrimonio.	54
2.4.8.6.	Fines del matrimonio	55
2.4.8.7.	Formas de Extinción del matrimonio	55
2.4.9.	CRITERIOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA COMPARADA SOBRE EL EMBARAZO POST MORTEM.	55
2.4.10.	LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	60
2.4.11.	CASOS CLINICOS.	63
2.5.	HIPÓTESIS	66
2.5.1.	Hipótesis General:	66

2.5.2. Hipótesis Específicas.....	66
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	67
3.1. ENFOQUE Y DISEÑO.....	67
3.2. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS .....	67
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	68
3.4. ASPECTOS ETICOS .....	69
CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS.....	70
4.1. PROBANZA JURIDICO SOCIAL-DOCTRINAL .....	70
CONCLUSIONES .....	74
RECOMENDACIONES .....	75
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	81
ANEXOS .....	84
APÉNDICES.....	109

**INDICE DE IMÁGENES**

Figura 1.....25

Figura 2.....27

Figura 3.....27

Figura 4.....28



**INDICE DE ANEXOS**

ANEXO N°1-A .....85

ANEXO N°1-B .....87

ANEXO N°1-C .....88

ANEXO N°1-D.....90

ANEXO N°1-E .....92

ANEXO N°2-A .....96

ANEXO N°2-B .....100

ANEXO N°2-C .....104

ANEXO N°3-A .....106

ANEXO N°4-A .....107

## RESUMEN

La presente investigación titulada **“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ”**, tiene por finalidad demostrar, que es necesario establecer una propuesta legislativa, ya que el Perú no cuenta con regulación específica en cuanto a técnicas de reproducción asistida (TERA), y especialmente en la técnica post mortem; la cual da lugar a un vacío legal, en cuanto resulten afectados los derechos que le corresponden al niño que ha sido concebido con material genético crioconservado después de la muerte del padre, además los derechos reproductivos de la madre que autorizó la aplicación de esta técnica.

Siendo así, la única regulación con la que contamos en nuestro país, es la Ley General de la Salud, la cual prescribe en el Artículo 7, que la madre genética debe coincidir con la madre gestante y ambos padres biológicos deben aportar su consentimiento para que se lleve a cabo el tratamiento reproductivo. Este artículo ha quedado desfasado, ya que en la actualidad un gran número de parejas matrimoniales, se someten a diferentes tipos de técnicas de reproducción humana asistida, las cuales desencadena una serie de problemas, sobre todo, para los menores nacidos mediante esta técnica.

Es por ello que, se realizó un análisis doctrinario para poder determinar si se vulneran los siguientes derechos: Derecho a conocer a sus padres, derecho a conocer el vínculo paterno filial, derechos sucesorios del menor, derecho a procrear de la madre y el derecho sucesorio de terceros; para lo cual se consultó opiniones de doctrinarios nacionales e internacionales; llegando a la conclusión que, para evitar la vulneración de los derechos del menor, y derechos reproductivos de la madre, en nuestro país la Técnica de Reproducción Humana Post Mortem, debería ser reconocida como una técnica más de reproducción humana asistida; ya que en la actualidad el uso de la crioconservación ha incrementado en las parejas, que por problemas biológicos no han logrado ser padres de manera natural; otra de las razones es la preservación de la fertilidad en parejas que serán sometidas a proceso oncológicos. Al no ser ajenos a esta realidad, es que se presenta como Propuesta Legislativa la Regulación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem, en la que se establece la formalidad del consentimiento otorgado en vida por el padre para la crioconservación de sus gametos, dando lugar a que, este se extienda, incluso después de la muerte del padre; permitiendo determinar la filiación matrimonial del menor, aun cuando éste haya sido concebido fuera del plazo de la presunción paterno filial.

Así mismo, se llegó a la conclusión que, en el caso de los derechos sucesorios de terceros vinculados con el padre fallecido; La ley señala que deben heredar en igualdad de condiciones, por tanto, no se estaría vulnerando sus derechos. Siendo así, el menor nacido mediante esta técnica al ser considerado como hijo matrimonial se le reconocen sus derechos sucesorios.

**PALABRAS CLAVES:** Técnicas de reproducción humana asistida post mortem, derecho a tener una familia, derecho a conocer a los padres, filiación matrimonial, derechos reproductivos de la madre.

## ABSTRACT

This researched entitled “THE REGULATION OF PARENTAL CONSENT IN THE POST MOTERM ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES IN PERU”, it has by purpose to demonstrate, that it is necessary to establish a legislative proposal, since Peru does not have specific regulation regarding assisted reproduction techniques (TERA), and especially in the post mortem technique; which it give place a legal empty, as soon as the rights that correspond to the child that has been conceived with cryopreserved genetic material after death of the father are affected, Besides the reproductive rights of the mother that authorized the application of this technique. Thus being the only regulation we have in our country, it is the general health law, which prescribes in Article 7, that the genetic mother must coincide with the pregnant mother and both biological parents must give their consent for the reproductive treatment to be carried out. This article has been kilter, since a large number of marriage couples are currently undergoing different types of assisted human reproduction techniques, which triggers a series of problems, especially for children born through this technique.

It is therefore, that had been made a doctrinal analysis determine if the following rights are infringe: Right to know to thier parents, right to know the bond patern filial, right to know his parents, right to know the paternal affiliate bond.

Rights sussecion of the minor, right to procreate of the mother and the succession rights of third; for which were consulted opinions of national and international doctrinaires ; concluding that, to avoid the violation of the rights of the child, and the reproductive rights of the mother, in our country ,the Post Mortem Human Reproduction Technique, should be recognized as another technique of assisted human reproduction, since at present the use of cryopreservation has increased in couples, who due to biological problems, haven't been able to become parents in a natural way; Another the reasons is the preservation of fertility in couples who will undergo oncological process. Not being alien to this reality, s that the Regulation of Post-Mortem Assisted Human Reproduction Techniques is presented as Legislative Proposal, which establishes the formality of the consent granted in life by the father for the cryopreservation of his gametes, giving rise to this, including after the death of the father; allowing to determine the marriage affiliation of the minor, even if this has been conceived outside the term of the filial parental presumption.

Likewise, it was concluded that, in the case of the inheritance rights of third parties related to the deceased father; The law states that they must inherit on equal terms, therefore, wouldn't be infringing his rights. The minor born by means of these techniques be considered as a marriage son be is recognized him your secession rights.

**KEY WORDS:** Post mortem assisted human reproduction techniques, right to have a family, right to know parents, marriage affiliation, reproductive rights of the mother.



## INTRODUCCIÓN

A manera de introducción podemos decir que la investigación **“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM”**, tiene por finalidad demostrar, que es necesario establecer una propuesta legislativa, ya que el Perú no cuenta con regulación específica en cuanto a técnicas de reproducción asistida (TERA), y en especial sobre la técnica post mortem; la cual da lugar a un vacío legal, en cuanto a los derechos que le corresponden al menor que ha sido concebido con material genético crioconservado, después de la muerte del padre, y acerca de los derechos reproductivos de la madre que autorizó la aplicación de esta técnica.

La investigación está delimitada exclusivamente en parejas matrimoniales, que autorizan la crioconservación de su material genético; siendo que, para evitar que se vulneren los derechos del menor, de la madre y de terceros, se debe regular la formalidad del consentimiento otorgado en vida por parte del padre para la crioconservación de sus gametos, dando lugar a que, se extienda, incluso después de la muerte del padre; con el fin de determinar la filiación matrimonial del menor, aún si ha sido fecundado fuera del plazo otorgado por la ley peruana, es decir, pasados los seis meses, ya que es un derecho intrínseco de todo ser humano; pues de no ser así se estaría atentando la identidad. En consecuencia, tendría reconocidos sus derechos sucesorios.

Así mismo, la madre puede hacer uso de su derecho a tener una familia, sin mayores problemas, ya que sería el estado quien avalaría esta técnica. Por ello, se especifica las opciones en las cuales se puede otorgar el consentimiento paterno, para considerar autorizada la fecundación post mortem; asimismo, se ha estudiado la normativa nacional e internacional para hacer un análisis más a fondo. Del análisis doctrinario, se afirma que el consentimiento debe constar en documentos legales, siendo relevante para la determinación de la paternidad matrimonial post mortem. De esa forma el ordenamiento jurídico peruano estaría preparado para resolver estas situaciones.

De lo antes expuesto, es necesario señalar que, para poder arribar a dicha conclusión final, durante el desarrollo de la investigación se tratará en un primer capítulo lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida, Antecedentes, definiciones, clasificación, características, requisitos, crioconservación de gametos y de embriones humanos; en un segundo capítulo se trata lo referente a la técnicas de reproducción humana asistida que comprende sus clases, elementos, requisitos, problemas jurídicos en el ordenamiento jurídico peruano y criterios de la doctrina jurídica comparada sobre el embarazo post mortem; en un tercer capítulo se trata sobre el consentimiento, definición, tipos, marco normativo relacionado con el consentimiento informado en Perú, el consentimiento en la fecundación Asistida Post Mortem y límites del consentimiento informado; en un cuarto capítulo se trata sobre la filiación, definición, la determinación de la filiación, clases de filiación y la filiación en nuestra legislación, filiación post mortem y voces jurisprudenciales pseudoprogresistas; en un quinto capítulo se trata lo referente a los derechos del niño concebido bajo técnicas de reproducción humana asistida post mortem, filiación Post Mortem como generadora de derechos del niño, derecho a la identidad, derechos sucesorios; el sexto el Interés Superior del Niño su tratamiento en el sistema internacional y en nuestra legislación; en un sexto capítulo se estudia el derecho reproductivo de la madre desde un marco normativo internacional y nacional que respalda a éste y finalmente en un séptimo capítulo se aborda el tema sobre el matrimonio, concepto, naturaleza jurídica, importancia y la disolución.

La Autora.

# **CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA**

## **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida cada vez son más utilizadas, siendo así que en otros países el uso de la Técnica de “Fecundación Post Mortem” ha sido regulada.

En Perú el desarrollo de las prácticas genéticas es cada vez mayor. Este avance en las últimas décadas se debe a los altos índices de infertilidad tanto en hombres como en mujeres. Siendo así, los médicos consideran como una gran solución para aquellas parejas que por problemas biológicos no han podido concebir de forma natural o en aquellas que se someten a algún tratamiento invasivo que perjudique la capacidad reproductora.

Poco a poco se han implementado los bancos de gametos, crioconservación de embriones, etc. Sin embargo, la legislación peruana no cuenta con una norma especial que regule el desarrollo de la genética y las repercusiones que generan en los participantes de las técnicas. Al no contar con regulación sobre las técnicas de reproducción humanas asistida, y mucho menos, acerca de la técnica post mortem, genera un gran vacío legal, en lo que concierne a los derechos que le corresponden al menor que ha sido concebido con material genético crioconservado después de la muerte del padre, y acerca de los derechos reproductivos de la madre que autorizó la fecundación mediante esta técnica.

La investigación está delimitada únicamente a parejas matrimoniales, el problema está cuando el padre en vida otorga el consentimiento para la crioconservación de sus gametos; en el que cabe la posibilidad de que a futuro se realice la fecundación artificial, sin embargo, se produce su deceso; siendo la esposa la que autoriza el procedimiento de fecundación posterior a la muerte de su esposo. Este consentimiento del esposo, ¿será suficiente para poder aplicar la técnica de reproducción asistida post mortem en Perú, sin que se afecten derechos, del menor nacido mediante esta técnica, derechos reproductivos de la madre y derechos sucesorios de terceros?

Este menor por algunos tratadistas es considerado como hijo de un padre muerto, por esa razón, lo primero que se tendrá que determinar es la filiación, para poder resguardar sus derechos del menor; aquí el dilema, con respecto a la determinación de la filiación, ya que en esta tesis, se refiere cuando la fecundación no se realiza dentro de los 300 días, plazo en que se aplica la presunción de paternidad matrimonial según lo establecido en nuestra legislación, en este supuesto, se estudiará si debería extenderse, y se establecerán las condiciones para que sea considerada como filiación matrimonial.

Lo que conlleva a poder evitar, la vulneración de los Derechos: a la identidad, a tener una familia, derechos sucesorios del menor nacido mediante esta técnica; los derechos reproductivos de la madre y los derechos sucesorios de terceros.

Es preciso indicar que, España, Argentina, Italia, Portugal y Bélgica son países que han regulado esta técnica, por lo que se tomarán como referencia para poder hacer el estudio de la problemática en nuestro país y poder tener una respuesta ante las interrogantes como: ¿De qué forma debe otorgar el consentimiento el padre para que sus alcances se puedan aplicar en la fecundación post mortem?, ¿en las técnicas de reproducción asistida post mortem la filiación debe ser considerada matrimonial?, ¿Nuestro ordenamiento jurídico peruano está preparado para afrontar estas situaciones? Así mismo, poder determinar qué tan perjudicial resultaría si no se regula la formalidad del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Problema General**

¿Se debe regular el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem en el Perú?

### **1.2.2. Problema Específico**

¿De qué forma se debe otorgar el consentimiento del padre para determinar los alcances de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

Esta investigación se justifica en cuanto se trató de determinar, si es viable que el consentimiento otorgado por el padre para la crioconservación de sus gametos; se puede extender incluso después de su muerte, haciendo posible que la esposa pueda autorizar la fecundación post mortem. El tema del consentimiento paterno, para la aplicación de la técnica post mortem no se encuentra regulado en la legislación peruana; no contamos con norma que estipule como actuar frente a este caso, existiendo un vacío legal, por ello es relevante la regulación de esta figura, ya que determinará si la filiación matrimonial se debe extender en el caso de aquellos menores que nacen después del plazo que cubre la presunción matrimonial, ya que cuentan con consentimiento expreso del padre para la fecundación incluso después de su muerte.

Siendo de suma importancia señalar el plazo, para aplicar la técnica de fecundación post mortem, el mismo que deberá constar en el documento en que da su consentimiento.

En consecuencia, se determina la necesidad de regular en la legislación peruana el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem; ya que la presente investigación es de trascendencia en nuestro ámbito social, teniendo como beneficiarios a los menores nacidos mediante la técnica post mortem, la madre del menor, los padre del fallecido e hijos extramatrimoniales, así como los operadores jurídico; para que puedan dar solución a los futuros problemas que se presenten a raíz del uso constante en la actualidad de la crioconservación de gametos en los bancos especializados, en nuestro país.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. Objetivo General**

Determinar si se debería regular el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem en el Perú.

### **1.4.2. Objetivo Específico**

Establecer la formalidad en que se debería otorgar el consentimiento del padre, para determinar los alcances en la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem.



## **1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

La investigación se encontró delimitada a determinar si el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem debe ser regulado en el Perú

### **1.5.2. Temporal**

En cuanto al tiempo, se hace referencia desde el momento que el padre otorga consentimiento para la crioconservación de sus gametos, dando lugar a la aplicación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem, y así poder determinar las implicancias en nuestro país.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Marta Getino (2016), En su tesis para optar Grado en Derecho **“TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM”** en la que llegó a la siguiente conclusión:

En materia de fecundación asistida post mortem se suscita un claro conflicto de intereses. De una parte, el interés de la mujer a procrear, así como el del varón a tener descendencia póstuma y, de otra, el interés del menor que nacerá a ser asistido por su progenitora. Tampoco hay que despreciar el interés sucesorio que pudieran tener terceros en la herencia del progenitor fallecido. El conflicto de estos intereses debe resolverse otorgando preferencia al interés del menor, tal y como enseña el art. 2 LO 1/1996 Ley Española. No obstante, aun cuando se parta que su interés es el prioritario entre los que se encuentran en conflicto, este no se verá vulnerado por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, en cuanto su necesaria tutela se alcanza con la determinación de su filiación paterna desde el momento de su nacimiento

Valverde Morante (2014), en su artículo de investigación **¿DEBERÍA PERMITIR LA FUTURA LEY PERUANA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA (TERAS) LA FIGURA DEL “EMBARAZO POST MORTEM”?** en el cual tiene como conclusión:

Que, el “embarazo post mortem”, no debería estar permitido en nuestro Código Civil, debiendo promulgarse en el más breve plazo una ley especial que regule las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) en nuestro país, como podemos observar existen en el derecho comparado. Nuestro sustento lo encontramos al mantener el mismo criterio empleado al analizar quienes serían las posibles usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida, es decir mujeres con pareja y no mujeres solas. El estado tiene el mismo interés en evitar el nacimiento de hijos de mujeres solas, sea por la vía natural o mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, es indubitable, que nada puede hacer para impedir lo primero en términos reales ¿acaso prohibiendo las relaciones sexuales extramatrimoniales?; en cambio puede hacer mucho para regular lo segundo.

Urtecho Chipana (2018) en su tesis para optar el título profesional de Abogado **“EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN DE LA CÓNYUGE SUPÈRTITE MEDIANTE LA FECUNDACIÓN MÉDICA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ”** teniendo como conclusión;

La técnica de reproducción humana asistida post mortem permite la posibilidad que la cónyuge supérstite pueda procrear al hijo que había planificado con el esperma crio conservado de su cónyuge premuerto. En el Perú, el Código Civil de 1984, específicamente en el libro de Derecho de Familia, no protege al concebido mediante la técnica de la fecundación post mortem, debido a que su redacción respondía a la época que ahora ha sido superada. Esto que es evidente que existe una asincronía entre el Derecho y la realidad.

Saavedra Díaz (2018) en su tesis **“EL USO DE LAS TERAS Y EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN”** en la cual tiene como conclusiones:

Las Técnicas de Reproducción Asistida, no pueden ser medios permitidos por el Derecho para poder tratar aquellos casos de esterilidad o infertilidad u otra pretensión personal o social, a pesar de que se argumente un aparente derecho a la reproducción o a la mínima lesividad en los derechos fundamentales del no nacido.

Se puede predicar la existencia del derecho a la reproducción desde dos vías constitucionales. Será necesario distinguir, que en las Constituciones donde se haya regulado expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede el derecho de la reproducción regularse como una libertad independiente (libertad reproductiva) tal como en su momento se hizo con otras libertades,

tales como la expresión, religión, reunión, trabajo etc. En tal sentido, la técnica legislativa elegida será el explicitación de un nuevo derecho en base al contenido de un derecho viejo.

El derecho a la reproducción no puede ser reducido a una simple libertad, toda vez que existe una actividad positiva y negativa por parte del Estado, que no necesariamente entraña el establecimiento de TERAS.

En el derecho a la reproducción vendría a estar dado por todos aquellos actos naturales para la consecución de la prole, más no un derecho de conseguirlo a cualquier precio, sacrificando derechos y libertades, por lo que su primer límite, no vendría dado por la ley sino por la naturaleza.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Las técnicas de reproducción humana asistida vienen a ser procedimiento en las que se hace uso de instrumentos artificiales para lograr la fecundación con el fin de evitar, que las parejas por diferentes factores como biológicos o enfermedades queden restringidas de tener hijos, siendo que estas puedan verse realizadas y satisfechas al procrear el hijo que tanto se deseaba.

Mosquera Vázquez (2008) hace un estudio, acerca del origen de estas técnicas podemos constatar que en 1978 por primera vez nace un niño probeta, el cual fue fecundado fuera del cuerpo de su madre. Siendo que, desde ese entonces hasta la actualidad se ha desarrollado de manera constante, habiéndose logrado utilizar con efectividad diferentes tipos de técnicas, al contar con esa variedad hay más posibilidad de que las parejas, que en algún momento se les dio la noticia acerca de su infertilidad o que por alguna otra enfermedad no podrían tener descendencia, puedan tener acceso a ellas.

Canales Torres (2008) determinó en su estudio, que el avance de la ciencia facilita la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida-Teras, por lo que, como el referido autor nos lo explica, la premisa natural, ideal y típica de la familia reviste nuevos planteamientos. Las Teras constituyen métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia, buscando paliar los efectos de la esterilidad.

El autor Aguilar Llanos (2016) en su libro Tratado de Derecho de Familia, cita a Federico García Lorca, quien señala que: “Desear tener un hijo y no tenerlo es un fantasma sentado año tras año encima de mi corazón”. Asimismo, refiere que, Las TERAS, son procedimiento que sirven para dejar de lado la infertilidad en las personas, haciendo posible tener hijos.

Hoy en día poco a poco se han ido implementando los bancos de gametos, crioconservación de embriones, en nuestro país. Sin embargo, no contamos con legislación acorde a la realidad que regule el desarrollo de la genética y la influencia en las personas que participan en esta técnica.

Por otro lado, es importante afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida guardan una estrecha relación con el derecho a la reproducción de la mujer, este derecho demanda que no existan normas jurídicas que impida que mediante estas técnicas puedan lograr su deseo de ser madres. Si bien, en la Constitución Política del Perú no está reconocido como tal, si se reconoce el derecho a tener una familia, asimismo los Organismos Internacionales protegen a este Derecho.

### **2.2.2. Fecundación Post Mortem**

La fecundación post mortem es una técnica compleja, en cuanto a la determinación de la filiación; para que sea el padre legalmente, debe existir consentimiento expreso, además se tiene que tener en cuenta la importancia del plazo para hacer la transferencia de embriones crio conservados, siendo que solo se podría realizar una sola vez el uso de esta técnica.

La crioconservación de embriones se ha convertido en un factor significativo, ya que ha sido una forma de incentivar la fecundación post mortem como medio de revivir la esperanza de ser madres a aquellas mujeres que fueron diagnosticadas infértiles.

Valverde Morante (2014) hace mención al embarazo Post Mortem, aclarando que este se provoca en el claustro materno, bien por implantación en el de un embrión hasta ese momento crio preservado, bien por transferencia de gametos masculinos previamente descongelados para fecunden el óvulo femenino; siempre que unos u otros procedan de quien fue esposo de la mujer receptora.

El autor Aguilar Llanos (2016) resalta que no es lo mismo hablar de fecundación que de inseminación artificial post mortem, ya que la segunda consiste en fecundar con gameto (célula sexual masculina o femenina) de persona fallecida. Lo más visto se dan cuando el esposo deja su esperma en un banco de semen para que, una vez fallecido sea utilizado por su cónyuge, ahora la gran interrogante es si el hijo concebido así por la viuda, es matrimonial o extramatrimonial ?; sobre el particular tengamos en cuenta el artículo 361 del Código Civil Peruano que nos señala que es hijo matrimonial el nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días de haber culminado el matrimonio, la posición acerca de este tema es que a pesar de que el hijo nazca dentro de los 300 días, sería extramatrimonial que ha sido concebido y nacido fuera de matrimonio, características estas que definen al extramatrimonial tal como lo desarrolla el artículo 386 del Código Civil Peruano.

Asimismo, señala que el problema mayor en el caso de inseminación artificial post mortem se da en el derecho sucesorio, pues ante la evidencia de que ese hijo genéticamente tiene como padres a la sociedad conyugal, sin embargo, no podría heredar a su padre, debido a que sólo son herederos los que sobreviven al causante, y como es de verse en el caso comentado, cuando se abre la sucesión del causante (fallecimiento del marido) el hijo no había sido aún concebido, solución a todas luces injusta.

### **2.2.3. El consentimiento**

Haydee Rojas (2007) en su trabajo de investigación, menciona a Susan. E. Sommer el cual sostiene que: “Las afirmaciones médicas y científicas funcionan socialmente como verdades irrefutables. Están sólidamente arraigadas y no se las cuestiona. Los médicos en tanto individuos no son responsables, pero la cultura médica tiene un poderoso sistema de socialización, y el precio para participar e integrarse a ella es la conformidad. Visto de esta manera, el control de la información disponible para el paciente es no solo un derecho o una aspiración, sino la parte intrínseca de la profesionalización.

El Artículo 2 inciso 2 y 3 de la Ley Española sobre la fertilización asistida prescribe: inc.2 “Es obligada una información y asesoramiento suficiente a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen”.

Inc. 3” La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquélla” Es importante destacar que, en el caso de fecundación asistida post mortem, debe existir el consentimiento por escrito del que fuera el marido, de lo contrario esta técnica no podría realizarse.

El consentimiento informado implica una participación activa en la toma de decisiones de la persona, puesto que de lo contrario existirían peligros de una creciente formalización, carentes de una verdadera sustancia ética, por lo que para la efectividad del derecho a la autonomía personal se

exige que en cada caso se coloque a la persona en situación real de prestar o negar su consentimiento informado y libre <sup>1</sup>.

### 2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

(Acuña y Velázquez, 2018)

- **CRIOPRESERVACIÓN:** la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de los gametos, cigotos, embriones o tejido gónada.
- **EMBRION:** producto de la división del cigoto hasta el fin de estudio embrionario (8 semanas después de la fecundación).
- **FECUNDACIÓN IN VITRO (FVI):** Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.
- **FECUNDACIÓN:** penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.
- **GAMETOS:** Células reproductivas producidas en las gónadas o órganos sexuales. En el ser humano, se distinguen entre los gametos femeninos (óvulos) y los gametos masculinos (espermatozoides).
- **INFERTILIDAD:** enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.
- **TÈCNICA DE REPRODUCCIÒN ASISTIDA:** tratamientos o procedimientos que incluye la manipulación tanto de ovocitos como espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Son de baja complejidad: la inseminación asistida (inseminación artificial) homóloga o heteróloga, las relaciones sexuales dirigidas y la estimulación ovárica. Son de alta complejidad: la fecundación in vitro con óvulos propios o donados, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia intratubarica de gametos, la transferencia intratubarica de embriones, entre otros.
- **ZIGOTO:** célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.
- **DERECHO A LA IDENTIDAD:** Conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad.
- **PADRE:** Es aquella persona que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga dicha calidad.

---

<sup>1</sup>En la Legislación Argentina este principio se encuentra resguardado constitucionalmente por los arts. 19,33 y 75 inc.22 de la C.N. La Ley 17132 sobre el ejercicio de la medicina no se refiere al consentimiento informado expresamente, sino sólo al consentimiento sin calificaciones.

- **MADRE:** Mujer que ejerce las funciones de madre.
- **BANCO DE SEMEN:** Unidad asistencial que, bajo la responsabilidad de un facultativo, tiene como finalidad la obtención, evaluación, conservación y distribución de semen humano para su utilización en las técnicas de reproducción humana asistida y que desarrollan además las actividades precisas para la selección y control de los donantes.
- **FECUNDACIÓN POST MORTEM:** es aquella que ocurre cuando una mujer es fecundada con el semen de su pareja pre muerta.
- **FILIACIÓN:** Es la condición sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

## **2.4. MARCO REFERENCIAL**

### **2.4.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

#### **2.4.1.1. Antecedentes**

Las Técnicas de Reproducción Asistida se han desarrollado desde hace aproximadamente 70 años, por lo que a lo largo de sus historias se han presentado diversos acontecimientos destacables que han marcado un antes y un después, tanto en la investigación genética como en la implementación de técnicas y mecanismos que brindan a las personas la oportunidad de procrear hijos a pesar de impedimentos de diversos tipos. El término Fecundación In Vitro, se utilizó por primera ocasión en el año 1959, con el nacimiento de un conejo fecundo in vitro, es por ese hito que durante los 60-70 estas técnicas avanzan a pasos agigantados. La implementación y desarrollo de esta tecnología generó posiciones que tanto a favor y en contra, que continúa hasta la actualidad, sin embargo, por sus beneficios, la reproducción humana artificial se encuentra en un constante proceso de evolución y tecnificación.

En los años 80 surgen problemas más serios, especialmente aquellos relacionados con la estimulación del ovario, poder fortalecer la fecundación y de esa manera cultivar el embrión y su implantación en el útero, los cuales no fueron solucionados en su momento. Refiere la Investigadora Velázquez (2018).

Años atrás la única solución para las parejas infértiles era la adopción, hoy, la medicina reproductiva cuenta con tantas herramientas para ayudar a estos futuros papás que el término “infertilidad” casi ha desaparecido del vocabulario médico. (Balcázar y Jesús, 2014)

En 1890, se informa del primer embarazo en humanos logrado con inseminación de semen de donador. En 1944, John Rock logró la fertilización de ovocitos humanos in vitro que no pudo avanzar en etapas posteriores por falta de medios de cultivo adecuados. Luego Edwards, con estudios de post grado en genética e inmunología empezó a intentar la fertilización de óvulos humanos, al principio obtenidos de cuñas de ovarios hasta que en 1968 logró fertilizar un ovulo humano in vitro.

El 25 de julio de 1978 nació en la ciudad inglesa de Oldham una niña singular: Louise Brown, el primer bebé probeta de la historia. Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación in vitro, 67 días después el biólogo Mukherjee y el Ginecólogo Bhattacharaya informan el primer nacimiento con fertilización in vitro en India, a quien sigue otro nacimiento en 1979 por el mismo grupo inglés. En 1980, bajo la dirección de los doctores Johnston y Lopata, en Melbourne, informa el primer nacimiento por esta técnica en Australia.

El primer nacimiento mediante la técnica de fecundación in vitro tuvo lugar en 1986 en Argentina.



Mediante inseminación artificial, y usando esta misma técnica en España, se logra que una mujer quede embarazada de su marido parapléjico, en tanto que en Japón una mujer da a luz a un bebé luego de ser inseminada artificialmente con “esperma saneado” fruto de un portador del VIH, sin que la madre y el niño se contagien con el virus.

En el año 2003, en Bélgica nace el primer bebé de Europa cuyo sexo fue elegido por los padres luego que estos se sometieran a técnica de fecundación artificial.

En el 2004, en Gran Bretaña se marca un hito en la inseminación artificial al nacer un bebé procreado por una pareja usando espermatozoide producidos hace 21 años y conservados en nitrógeno líquido desde entonces, el padre había congelado su esperma cuando tenía 17 años de edad antes que entre a un tratamiento contra cáncer testicular.

En el 2005, Adriana Iliescu, una mujer rumana de 67 años de edad da a luz a una niña luego de someterse a un tratamiento de fertilidad durante 9 años antes de ser inseminada artificialmente.

De los precedentes antes mencionados y teniendo en cuenta datos actuales, es de verse que, las técnicas de reproducción humana asistida se realizan cada vez más; las cuales generan vacíos legales y los juristas se encuentran hoy frente a una realidad que debe ser objeto de una regulación especial.

#### **2.4.1.2. Definición**

Las técnicas de reproducción asistida conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA- a decir de Varsi Rospigliosi (1995) son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia.

Para Taboada Córdoba (2006), las técnicas de reproducción asistida son los métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas.

Por su parte, Graciela Medina citada por Varsi Rospigliosi (2001) señala que las técnicas de reproducción asistida, son los métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación, entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera.

La definición científica es “empleo de tecnología avanzada que incluye la manipulación de gametos o embriones para complementar al contacto sexual y lograra que la fertilización, división embrionaria e implantación ocurra. Puede dividirse en de baja, moderada y alta complejidad. Hay diferentes posibilidad, riesgos e implicaciones médicas, éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas para cada procedimiento” tal como refiere García Colorado (2009)

#### **2.4.1.3. Clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida**

Si las parejas matrimoniales no logran conseguir el embarazo después de un año de haber mantenido relaciones sexuales sin protección alguna, es necesario que se someta a tratamiento para que puedan fecundar al bebé.

Las técnicas de reproducción humana asistida que son utilizadas para hacer efectivos este tratamiento son varias y se pueden clasificar en dos grupos:

##### **A) Técnicas de baja complejidad.**

Son aquellas que no suponen ningún riesgo ni grandes molestias para los pacientes. Los métodos utilizados por especialistas tanto médicos como personal de laboratorio también son considerados de baja complejidad.

### 1) **Inseminación artificial (IA)**

La IA es una técnica muy sencilla para lograr un embarazo y la primera elección en el caso de que se cumpla el mínimo de edad y calidad seminal.

Consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural en el aparato reproductor de la mujer, en el útero.

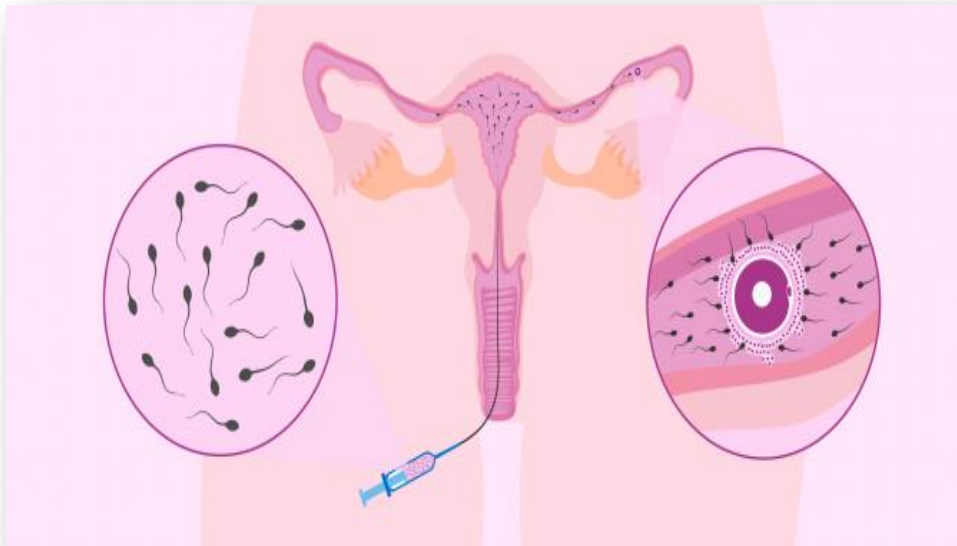
Durante este proceso, se estimulará el ciclo ovárico de la mujer y se controla la ovulación.

Entre 34 y 36 horas de la inseminación, hay que inducir la ovulación con una inyección de hormona hCG. Con esto el folículo del ovario se rompe y el óvulo sale a las trompas donde será fecundado por un espermatozoide.

La muestra seminal para la inseminación se recoge por masturbación y se capacita en el laboratorio. Este proceso consiste en preparar un medio enriquecido con los espermatozoides de mejor calidad y que se introducirá en la mujer con una cánula de inseminación.

En caso de utilizar semen de donante, este estará congelado. Por tanto, es necesario realizar una descongelación del semen previa a la IA.

**Figura 1.** Inseminación artificial intrauterina



Fuente: Villaquirán, Dolz y Salvador. (2018). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/>

Esta técnica no requiere la aplicación de ningún tipo de anestesia ya que es indolora. Dos semanas después, la mujer se debe realizar la prueba de embarazo en sangre para corroborar que el proceso ha finalizado de manera exitosa.

### 2) **Preservación de la Fertilidad.**

Esta es una de las técnicas que consiste en la congelación de óvulos y/o los espermatozoides. De este modo, las células se podrán mantener durante tiempo indefinido hasta que se desee tener

descendencia. Se utiliza en su mayoría con pacientes oncológicos, así como también en aquellas mujeres que desea postergar su maternidad.

### **3) Congelación de semen.**

La congelación de esperma es una técnica rápida y sencilla que, permite la preservación de la fertilidad en pacientes oncológicos que van a someterse a quimioterapia o en aquellas mujeres que desean postergar su maternidad.

La criopreservación espermática se lleva a cabo mediante un proceso de congelación lenta. La muestra de semen será mezclada con crioprotectores para evitar daños en los espermatozoides. Luego de que se descende la temperatura de la muestra en función al tipo de técnica, finalmente se introduce en nitrógeno líquido a  $-196^{\circ}\text{C}$ .

### **4) Vitricificación de óvulos.**

La preservación de la fertilidad en las mujeres se lleva a cabo mediante la vitricificación de óvulos, es decir, mediante congelación ultrarrápida pasando los óvulos de  $15^{\circ}\text{C}$  a  $-196^{\circ}\text{C}$ . Es una de las formas para evitar que los óvulos sufran alteraciones físicas y funcionales durante tiempo ilimitado. La misma que permite retrasar la maternidad con alta probabilidad de éxito.

En otras palabras, esta técnica consiste en la administración de medicación hormonal de forma controlada a la mujer para hacer madurar varios óvulos. Posteriormente, se realiza la punción folicular para obtener los óvulos que serán vitricificados y almacenados en un banco.

### **B) De alta complejidad.**

Estas técnicas serán realizadas con instrumentos de alta tecnología y de personal especializado. Se llevan a cabo en el laboratorio de embriología y en el quirófano, los que deben cumplir con las condiciones de máxima esterilidad.

Estos son tratamientos más costos y el riesgo es más elevado. Sin embargo, la tasa de éxito es mayor a las técnicas de baja complejidad.

## **1. Fecundación In Vitro Convencional (FIV)**

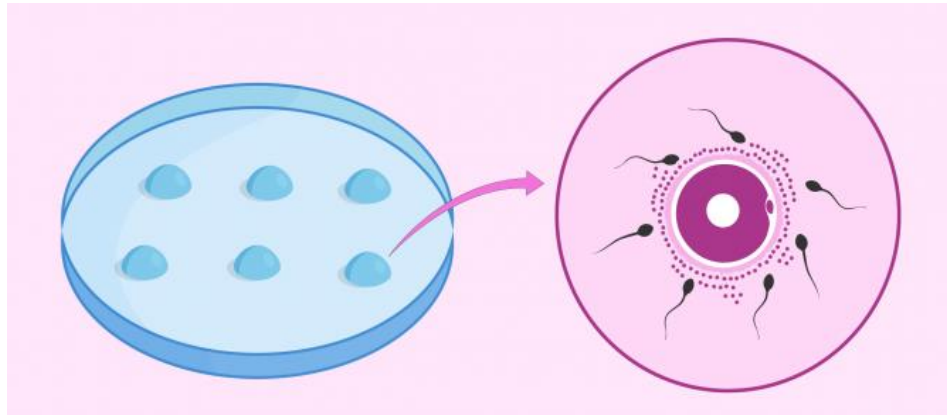
La FIV es una técnica que consiste en la extracción de los óvulos de la mujer por punción de los folículos del ovario y su fecundación con los espermatozoides del varón en el laboratorio. Los embriones obtenidos son posteriormente transferidos al útero materno para lograr el embarazo.

El procedimiento que se realiza lo detallamos a continuación:

- **Estimulación ovárica controlada:** se administra la medicación hormonal para controlar el ciclo menstrual y conseguir un número de folículos adecuados que permita la maduración de varios óvulos.
- **Punción folicular:** en función del tamaño de los folículos y el valor del estradiol en sangre, se inyecta la hormona hCG para desencadenar la ovulación y se programa la punción unas 34-36 horas después. Se realiza bajo sedación leve o anestesia local.
- **FIV:** en el laboratorio se incuban conjuntamente el óvulo con los espermatozoides durante una 19 hora. Pasando este tiempo se observa si se ha conseguido la fecundación con la aparición de dos pronúcleos.

- **Cultivo de embriones:** los embriones obtenidos se mantienen en cultivo y se observa su desarrollo a través de las divisiones celulares. Durante 5 días. Los embriones pasan por los estadios de cigoto, 4 y 8 células, mórula y blastocito.
- **Transferencia embrionaria:** se puede realizar a los 3 o 5 días de desarrollo.

**Figura 2.** Fecundación in vitro convencional



Fuente: Villaquirán, Dolz y Salvador. (2018). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/>

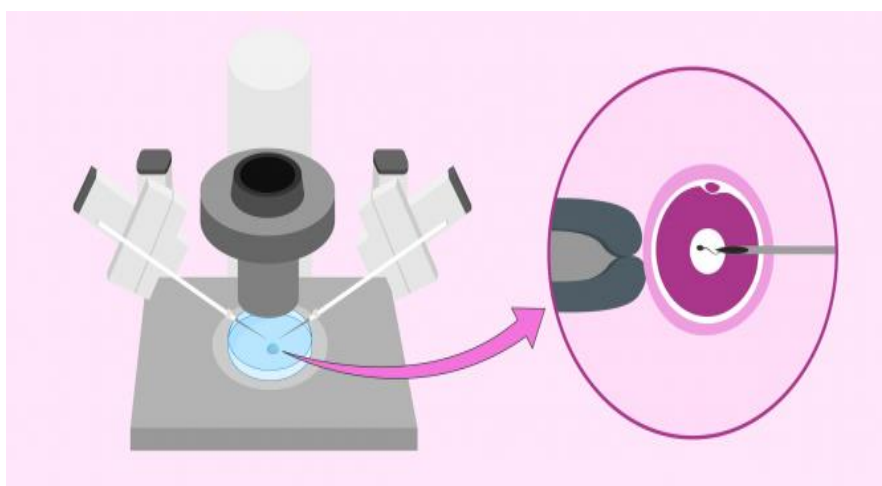
## 2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

La ICS es una variación de la FIV, pero con mayor complejidad en cuanto a la fecundación de los óvulos.

La obtención de los óvulos se realiza del mismo modo que la FIV. Sin embargo, la fecundación no tiene lugar de manera natural, sino que se selecciona un espermatozoide bajo el microscopio y se introduce en el interior de óvulo mediante una micro aguja. El desarrollo embrionario, evaluación de calidad y transferencia embrionaria se realiza al igual que en la FIV.

La ventaja de esta técnica es que ofrece buenos resultados en casos de mal pronóstico masculino, es decir, cuando los espermatozoides del varón no son capaces de fecundar por sí solos al ovocito por tener mala movilidad o morfología.

**Figura 3.** Microinyección del espermatozoide en el óvulo



Fuente: Villaquirán, Dolz y Salvador. (2018). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/>

### 3. Transferencia de los embriones.

Es el proceso final de ambas técnicas de fecundación in vitro, tanto la convencional como la ICSI, con el objetivo que los embriones transferidos consigan implantar en el útero y dar lugar a un embarazo evolutivo.

La transferencia de embriones se realiza al tercer o al quinto día de desarrollo. Esto se decide en función del tipo de infertilidad que tenga la pareja, del número de óvulos fecundados y de la evolución de los embriones en ciclos previos de FIV.

El Dr. Miguel Dolz comenta que “Toda paciente que va a someterse a una técnica tiene que hacer una adecuada preparación endometrial.

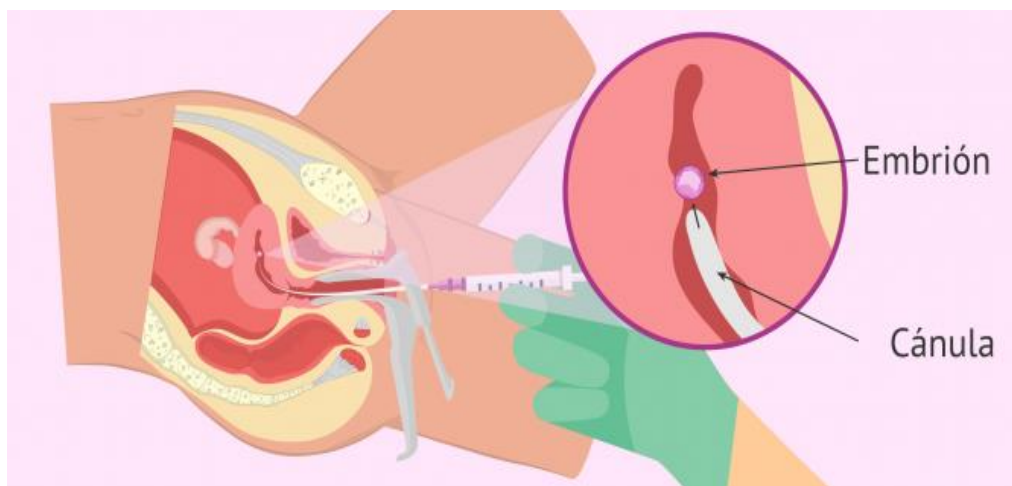
Los embriones se han dividido en 6-8 células tres días después de la fecundación y ya están preparados para el consumo de glucosa en la cavidad uterina.

En el quinto día de desarrollo, el embrión tiene estadio de blastocito y se puede medir su calidad en base a otros parámetros que antes no se han podido tener en cuenta, como el grado de expansión y la apariencia de la masa celular interna.

Es importante tener claro que cuando el embrión se encuentra en estadio de blastocisto se aprecia tres estructuras diferenciadas: el trofotodermo (células que darán lugar a la placenta), la masa celular interna (el embrión propiamente dicho) y el blastocele o cavidad central llena de líquido.

Una vez que se haya elegido de embriones, se selecciona el de mayor calidad y se depositan en un catéter muy fino que se introducirá vía vaginal hasta el útero.

**Figura 4.** Transferencia embrionaria



Fuente: Villaquirán, Dolz y Salvador. (2018). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida/>

La transferencia embrionaria es una técnica sencilla que dura unos minutos. Es indolora, no requiere aplicación de anestesia y la paciente se puede ir de alta en 20 minutos de reposo en la camilla. La mujer podrá hacerse la prueba de embarazo pasando los 15 días.

#### **4. Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)**

El DGP es una de las técnicas complementarias que se realizan después de la FIV o ICSI. Su finalidad es detectar anomalías genéticas en el embrión. Se pasa a seleccionar los embriones genéticamente sanos para la transferencia y se descartan al resto.

##### **2.4.1.4. La crio preservación de gametos y embriones.**

Para Gonzáles (2016) la crio preservación embrionaria es la técnica que nos permite conservar, o bien, los embriones supernumerarios de un tratamiento de reproducción asistida o bien, la totalidad de los embriones obtenidos en uno o varios tratamientos, para posteriormente realizar la transferencia embrionaria. Es una técnica imprescindible en los laboratorios de reproducción.

En los últimos años, ha ido aumentando de forma constante el número de procedimientos, tanto de congelación embrionaria como de descongelación para transferencia de embriones. Las indicaciones para la crio preservación de embriones son múltiples: la conservación de embriones supernumerarios, la preservación de la fertilidad, para diferir la transferencia embrionaria por riesgo de hiperestimulación o endometrios inadecuados o aparición de patología (hidrosálpinx, pólipos...) y para acumulación embrionaria para técnicas específicas, como el diagnóstico genético preimplantacional.

##### **A) Crioconservación de gametos sexuales humanos.**

Valverde Morante (2014), señala a Lema (1999), el cual refiere que existen diversas técnicas auxiliares que permiten el éxito de una Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria (FIVTE), por ejemplo, la crioconservación o congelación de semen y la posterior congelación de embriones en una máquina de nitrógeno líquido a -196° grados centígrados.

La congelación y preservación del semen tiene una larga historia sobre todo en animales, especialmente en la cría de ganado. Así tenemos, que en el año de 1776 Spallanzi describió por primera vez la pérdida de motilidad de los espermatozoides cuando el esperma era congelado en la nieve y la reactivación parcial al volver a calentarlos. Posteriormente, en el año de 1886 Mantegazza sugirió la idea de un banco de semen para el ganado y también para los soldados que iban a la guerra.

En las primeras experiencias de congelación del semen los espermatozoides resultaban dañados durante el proceso, así ocurrió por ejemplo en los experimentos de congelación con gases líquidos de Jahnel en 1938. No obstante, en el año 1939 se descubre que la utilización de una sustancia llamada glicerol, protegía el esperma de varias especies de mamíferos de las bajas temperaturas, lo que permitió en la praxis crear bancos de semen de bovinos. Asimismo, en el año de 1953 se consiguió congelar embriones en fase de pre- implantación, probándose que el proceso no era incompatible con su posterior desarrollo.

Con el uso del glicerol se había descubierto el primer crioconservador, es decir una sustancia de bajo peso molecular que se añade para suavizar los cambios bruscos de temperatura. Así tenemos que en el año 1953 se consiguieron tres embarazos por Inseminación Artificial con semen humano glicerolado y congelado a -70° grados centígrados durante tres meses, es decir con semen humano crioconservado.

Posteriormente se han venido utilizando diferentes crioconservadores, además del glicerol y a partir del año 1950 se comienza a congelar el semen de manera rutinaria para su posterior utilización. Esto dará lugar a la aparición de los primeros bancos de semen, que alrededor del año 1970 estarán formalmente constituidos y permitirán la conservación a largo plazo del semen humano.



Es importante destacar como antecedente, que en el año 1964 se consigue un embarazo mediante la inseminación artificial de semen congelado en nitrógeno líquido a -196° grados centígrados, siendo a partir de entonces el producto que con posterioridad se generalizará para estos fines.

Campos, Magán, Rufaza y Fortes (2012) conceptualiza a la congelación de semen como la técnica que permite conservar y mantener espermatozoides a bajas temperaturas (-196 ° C) durante largos periodos de tiempo sin pérdida de su capacidad a fecundante.

Está especialmente indicada para los pacientes que van a someterse a vasectomía o a tratamientos con quimioterapia o radioterapia, así como para aquellos que, por diversas razones, presenten dificultades para obtener una eyaculación normal (disfunción eréctil, eyaculación retrograda, etc.) o muy mala calidad espermática

Que, al ser utilizados para ser fecundados, se correría el riesgo de crear embriones con graves anomalías genéticas. Por estos motivos, en las clínicas de fertilidad que operan en nuestro país, para la preservación de los óvulos lo que generalmente se hace es fecundarlos in vitro y congelar después el embrión humano.

## **B) Crioconservación de embriones humanos.**

Valverde Morante (2014) hace mención que el tema controvertido es sobre los llamados “embriones supernumerarios”, que vienen a ser aquellos “fecundados in vitro”, pero que no son transferidos al útero, permaneciendo congelados y con un destino por decir lo menos incierto.

Debemos tener presente, que en reproducción humana asistida la edad femenina tiene un factor fundamental, debido a que a partir de los 35 años la capacidad ovárica decrece produciendo como consecuencia óvulos de mala calidad o una menor capacidad del ovario para formarlos. Como es fácil deducir, las tasas de embarazo en estas parejas que buscan ayuda siempre han sido decepcionantes y frustrante para los profesionales que trabajan en las clínicas de reproducción humana asistida.

Es por ello, que en las clínicas de reproducción humana asistida se estimula a la mujer para conseguir una hiperovulación mediante la inyección de hormonas conocidas como gonadotrofinas, para lograr madurar varios óvulos y no sólo uno como es de manera natural. Posteriormente son removidos mediante una laparoscopia y mantenidos en un medio artificial hasta que se decida el momento de ponerlos en contacto con los espermatozoides.

Cabe señalar como antecedente que los primeros trabajos sobre congelación de embriones fueron realizados en mamíferos a partir del año 1952. Los problemas que se presentaban en la práctica eran similares a los citados para la conservación de semen, el proceso de congelación y descongelación por ser demasiado rápido o demasiado lento, producía daños irreversibles en los embriones.

La solución a este problema vendría también con la utilización de crioprotectores que suavizan los cambios de temperatura y permiten que el embrión sobreviva el proceso y que pueda ser transferido al útero y gestado con total normalidad. La primera crioconservación clínica seguida con transferencia de embriones humanos con éxito fue realizada en 1983 en Australia.

Es preciso destacar, que a causa de la hiperestimulación ovárica no es extraño obtener de una mujer 10, 12 ó 15 óvulos, teniendo en consideración que aproximadamente un 70% pueden resultar fecundados, el problema consiste en qué hacer con los embriones sobrantes o embriones

supernumerarios. La congelación para su uso posterior es una de las posibilidades existentes, pero también se pueden desechar, donarlos o utilizarlos como objeto de experimentación. En el caso de la congelación, que es lo más usual, una vez que transcurre cierto tiempo sin que sean utilizados persiste el problema.

Así por ejemplo tenemos, que el Artículo 14° de la ley inglesa del año 1990 sobre “Fertilización Humana y Embriología” establece que el periodo de congelamiento de los gametos sexuales no excederá de 10 años y para el caso de los embriones no excederá de 05 años, determinando que los gametos o embriones no se pueden mantener congelados por un mayor tiempo y si son guardados hasta el final de ese periodo se permitirá su extinción.

Cabe destacar, que la última Ley Española 14/2006 sobre Reproducción Humana Asistida en su Artículo N° 11 establece que el semen podrá ser conservado en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede y en el caso de los preembriones sobrantes, estos se podrán crioconservar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción humana asistida.

### **C) Banco De Semen De Muestras Propias.**

Garrido, Márquez, Rodríguez y otros (2012) en su estudio realizado señalan que las muestras de semen se congelan manteniendo cierta supervivencia tras la descongelación desde hace más de dos siglos, si bien, es a partir de los años 1940 y 1950 cuando, gracias a la incorporación del glicerol a los medios crioprotectores, con el consiguiente aumento de la supervivencia, se extiende su uso, sobre todo, merced a la invención de la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), que permite usar, incluso, las muestras con un número de espermatozoides móviles mínimo, lo que lo ha convertido en un recurso muy comúnmente utilizado.

El banco de semen ofrece la posibilidad de guardar muestras congeladas y, con ello, asegurar la fertilidad del varón ante una pérdida previsible o imprevisible de su capacidad fecundante. En su mayoría son pacientes que eligen congelar su semen por someterse a vasectomías, para garantizar sus posibilidades reproductivas en caso de un cambio de decisión.

También debe considerarse la posibilidad de la congelación de semen en aquellos casos en los que existen dificultades para la obtención del eyaculado, tales como impotencia, eyaculación retrógrada, malformaciones congénitas. Etcétera.

Es una técnica que se usa de manera frecuente por lo que es común ver que se realicen envíos nacionales e internacionales de muestras de semen, muestran la posibilidad que ofrece la congelación y el banco de semen el envío de muestras, tanto del donante como de los propios pacientes, a otros centros. A tal efecto, existen bancos especialmente diseñados y que cumplen todas las reglamentaciones internacionales relativas al transporte de mercancías peligrosas, por vía aérea, Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA), y, Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), terrestre, Acuerdo Europeo sobre el transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR) o ferroviaria reglamento relativo al transporte internacional por ferrocarril de mercancías peligrosas (RID).

### **D) *Métodos de Criopreservación.***

#### **• *Métodos de criopreservación embrionaria***

Hasta hace una década, el método empleado para la criopreservación de embriones era el denominado método de larga duración o congelación lenta. En la última década se ha implantado de forma mayoritaria el método de congelación ultra rápida o vitrificación. La mayoría de los estudios

realizados, encuentran una mayor eficacia en la vitrificación, por sus buenas tasas de supervivencia embrionaria en todos los estadios y por la mejora observada en las tasas de implantación y gestación y similares tasas de aborto.

- **Criterios de selección embrionaria**

Los criterios morfológicos que se aplican para la selección de embriones para vitrificar son los mismos que se aplican para seleccionar los embriones que se transfieren en fresco y pueden variar entre clínicas. Aquellas clínicas que utilizan criterios morfológicos más estrictos y solo criopreservan embriones de calidad óptima congelan menos embriones y presentan tasas de éxito por transferencia embrionaria más altas que las clínicas que aplican criterios morfológicos de selección menos estrictos. Estas últimas, al criopreservar un mayor número de embriones, pueden alcanzar buenas tasas de gestación acumulada. Los criterios morfológicos exigidos para la criopreservación embrionaria pueden variar dependiendo de los resultados de los programas de congelación, de los tratamientos que realicen y de las características de las pacientes tratadas.

Actualmente, la técnica para selección morfológica embrionaria es la observación, que debe ser de todos los embriones en el mismo momento, para poder relacionar las características morfológicas con la mejor o peor tasa de implantación. Los nuevos sistemas de incubadores time-lapse permiten analizar la morfología y la cinética de la división celular del embrión en tiempo real y están ofreciendo más cantidad de información. Con su uso podrían mejorar los métodos tradicionales de selección embrionaria para transferencia y criopreservación.

#### **2.4.1.5. Accesibilidad a las técnicas de reproducción humana asistida**

Rodríguez y Cadilla (2013), hace mención que, en el Perú, la Ley General de Salud estipula que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Ahora bien, si el riesgo de lucrar con la infertilidad y el perjuicio que las nuevas técnicas pueden causar cuando son empleadas por personal no calificado hacen necesario que, con carácter de urgencia, se establezca o se imponga cierto tipo de control, tanto sobre los centros y profesionales que la practican, como sobre los beneficiarios.

Toda la práctica médica debe estar sujeta a legislaciones en materia de salud o a códigos de conductas deontológicas. Aquellos centros o profesionales que practiquen las técnicas de reproducción humana asistida deben estar sujetos a regulaciones específicas y provistos de la acreditación adecuada. La legalidad de los bancos de gametos y/o embriones y su almacenamiento debe estar contemplada en una legislación similar.

#### **2.4.1.6. Las técnicas de reproducción asistida en la legislación peruana**

##### **A) En la ley general de salud N°26842**

- **Artículo 7°.-** Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Llanos (2016) realiza un comentario acerca de la ley: Es de verse que la ley no aborda todos los problemas que se derivan de las Teras, por ello se hace urgente su regulación a través de una ley especial, que proteja no solo el derecho de los usuarios, sino especialmente los derechos de los concebidos por medio de ellas. La no existencia de una ley especial que regule las técnicas de

reproducción asistida, va creando gran confusión y desazón en los magistrados, que al estar al frente de estos problemas no tienen una dirección ni referencia legal que los ayude a resolverlos.

### **B) Proyecto de Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida.**

El Ministerio de Justicia, a través de una comisión designada, ha elaborado un proyecto de ley N°1722/2012-CR, presentado el 15 de noviembre del 2012, conteniendo modificaciones a diversos libros del Código Civil, dentro de los cuales se encuentra el de familia, y las propuestas a la maternidad asistida:

Las técnicas de reproducción asistida que son reconocidas en este proyecto son tres: Inseminación artificial, Fecundación In Vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, Transferencia intratubérica de gametos. La aplicación de cualquier otra técnica requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que para tal efecto creará el Ministerio de Salud.

Refiere el proyecto que la filiación derivada de las técnicas de reproducción médicamente asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo; así mismo no podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el registro de estado civil; en la actualidad, no hay norma vigente que regule esta materia.

#### **• Artículo 7. Filiación de los hijos nacido mediante técnicas de reproducción asistida.**

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civil, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil Reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

#### **• Artículo 8. Determinación legal de la Filiación.**

Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

#### **• Artículo 9. Premoriencia del marido.**

1. No podrá determinarse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3., en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Respecto a los artículos mencionados, en relación a la determinación de la filiación matrimonial, Llanos (2016) señala que los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia del material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento. Refiere que los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

Y por último dice que en los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que se realice dentro del plazo máximo de doce meses de la muerte del marido.

Se toma una posición afirmativa respecto de esta inseminación que no siempre son acogidas por legislaciones, sin embargo a los efectos de que ese hijo nacido bajo esas practica sea considerado matrimonial debe realizarse dentro de los doce meses del deceso del marido, en ese caso el plazo consignado en el proyecto terminaría modificando el artículo 361 del Código Civil, cuando señala que se considera matrimonial al hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio, sin embargo repárese que la propuesta igualmente posibilitaría la sucesión del hijo nacido bajo este método, pues se le otorga la calidad de hijo del matrimonio. El proyecto solo contempla la posibilidad de la fecundación artificial post mortem con gameto del marido, no habiéndose pronunciado cuando el uso es del gameto de la madre fallecida.

- **El Artículo 11.- Crioconservación de gametos y preembriones.**

1.El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.

2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferido a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservado en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que procesa, el semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservado, son:

- a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.

d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos criopreservados, esta última opción solo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecida en esta ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico criopreservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá el consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

Los centros especializados aplicar Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem deberán disponer de un seguro que asegure la fecundación del material criopreservado de los esposos, en los términos fijados en el consentimiento, para asegurar a la esposa en caso su esposo haya fallecido, siempre que, se haya cumplido los procedimientos y plazos del consentimiento otorgado por el padre.

### **C) Proyecto de ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida**

Este Proyecto de Ley N°3313/ 2018.CR, se presentó el 07 de septiembre de 2018, el cual tiene como objetivo garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución para la procreación humana.

- **Artículo 5. Del consentimiento informado.**

Las técnicas de reproducción humana asistida sólo pueden practicarse, previo consentimiento informado de los interesados y se realizarán únicamente cuando no supongan riesgo grave para la salud física y psíquica de la pareja o la posible descendencia. El consentimiento informado deberá realizarse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad y se hará mención expresa de los posibles riesgos durante el tratamiento y el embarazo, para la pareja y la descendencia.

- **El Artículo 7°. Crioconservación de gametos y embriones.**

7.1. Los gametos y embriones podrán crioconservarse con fines únicamente reproductivos, previo consentimiento expreso e informado de los interesados, en los bancos de gametos y/o embriones autorizados para los siguientes fines:

a) La utilización por la propia mujer o su pareja.

b) A donación con fines reproductivos.

7.2. Se prohíbe la comercialización de embriones y gametos crioconservados.

Respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, se regula por la ley civil correspondiente.

Este proyecto lo considero importante ya que propone que la infertilidad sea diagnosticada como una enfermedad, asimismo, que las técnicas de reproducción asistida se realicen en centros y servicios públicos o privados de salud habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de salud correspondiente. En la cual se especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza



en cada caso. Los bancos de gametos y/o embriones tendrán la consideración de centros y servicios de reproducción humana asistida.

Uno de los puntos relevantes es acerca de la modificatoria que se plantea al artículo 7° de la Ley 26842, con los siguientes términos: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **aun cuando la condición de madre genética y de madre gestante no recaiga sobre la misma persona**. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Por otro lado, se plantea a incorporación del artículo 318°-B al Código Penal, con los siguientes términos: "Delito de intermediación onerosa de embriones y gametos criopreservados Artículo 318°-B.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa o exporta embriones y gametos criopreservados. Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 4, 5 y 8.

**D) Proyecto de ley que modifica el artículo 7 de la ley n°26842, ley general de salud, e incorpora disposiciones para el uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.**

Plantea la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, conforme a los términos siguientes: «Artículo 7. Uso de técnicas de reproducción humana médicamente asistida Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción médicamente asistida acreditadas científicamente. Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere del consentimiento previo, expreso e informado de los cónyuges o convivientes progenitores y, de ser del caso, de la gestante por subrogación. Puede efectuarse la revocación de voluntad, según sea el caso, hasta antes de la inseminación intrauterina o la fecundación in vitro. En el caso de la gestación subrogada, la revocación puede darse hasta antes de la transferencia embrionaria. Está prohibida la fecundación con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. En cuanto a la filiación que se deriva de la reproducción humana médicamente asistida está basada en la voluntad recreacional, por lo que la relación filial se genera entre el concebido y los progenitores. Esta filiación no puede ser impugnada por las causales establecidas en los artículos 363, 366 y 371 del Código Civil, salvo cuando no se haya otorgado consentimiento según lo dispuesto en el Reglamento. No se genera vínculo filial entre el concebido y el cedente o la gestante por subrogación.

## **2.4.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.**

### **2.4.2.1. Concepto.**

Tal y como se ha examinado, la fecundación post mortem consiste en la concepción de un hijo a través de los métodos de reproducción asistida. Consideramos estas técnicas como "la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer". Las técnicas más utilizadas son la inseminación artificial o la fecundación in vitro, con la singularidad de tener como posibilidad su realización aun cuando el varón progenitor hubiera fallecido.

Ante esta definición dada por Serrano (1999), debemos clasificar su nomenclatura para podernos así ajustar su concepto. La fecundación in vitro post mortem debe ser estudiada como aquella fecundación en la que el varón progenitor consiente en que se utilice su material genético

tras su fallecimiento. En dicho concepto se exceptúa la inclusión de implantar el gameto antes de que fallezca, puesto que, en ese caso, sería meramente una fecundación in vitro.

Otra variedad derivada de la anteriormente definida es la fecundación artificial post mortem, donde se incluye tanto la fecundación in vitro como la inseminación artificial, una vez que ha fallecido el varón.

Y, finalmente, la procreación artificial post mortem, incluye también la inseminación post mortem, la fecundación in vitro post mortem y la cesión del embrión concebido en vida del varón progenitor.

Debemos diferenciar, además, los tipos de fecundación, pudiendo ser esta homóloga y heteróloga. Hablamos de la primera si nos encontramos ante una fecundación en la que se han utilizado los gametos del progenitor varón ya fallecido. En contraposición, la segunda se realiza empleando el material genético de un donante anónimo Martínez, Contretas y Pérez (s.f)

#### **2.4.2.2. Clases de fecundación post mortem.**

a) La cónyuge se práctica la inseminación con el semen criopreservado del esposo fallecido, quien debe haber dejado en un banco de semen sus gametos debido a un tratamiento terapéutico con el propósito de realizar posteriormente un tratamiento de fertilización o en el caso de que la pareja realice el tratamiento de fertilización In Vitro, pero que no se logra concretar como consecuencia de la muerte imprevista del cónyuge, dejando a la viuda en su derecho de ser inseminada.

b) La cónyuge hace extraer el semen del cadáver de su esposo recientemente fallecido, con el fin de engendrar un hijo. Independientemente del consentimiento previo o no del extinto.

c) La cónyuge se práctica la Técnica de la Transferencia de Embriones Post mortem, mediante la cual, el embrión concebido in vitro, en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después de la muerte de su esposo.

#### **2.4.2.3. Elementos de Fecundación Post Mortem.**

a) Procreación a través de una fecundación artificial o in vitro.

b) La voluntad del padre para que en el momento de su fallecimiento se realice la acción, y, en consecuencia, se cree un vínculo también jurídico.

c) El fallecimiento del cónyuge antes de la fecundación.

d) La voluntad de la mujer para concebir un hijo de quien fue su esposo.

#### **2.4.2.4. Filiación Post Mortem**

Si el menor nace mediante esta técnica de fecundación post mortem se adoptan tres posiciones:

a) Quienes consideran que el nuevo ser es un hijo extramatrimonial, porque a la muerte del marido ese ser no existía y el matrimonio había quedado disuelto con el fallecimiento del cónyuge.

b) Quienes sostienen que el nuevo ser es extramatrimonial de la madre excluyéndose la paternidad del esposo.

c) En esta tesis se afirma que se le reconozca al menor la filiación matrimonial, en razón de que sus progenitores estaban unidos por el vínculo del matrimonio. A ello le agregamos la existencia del consentimiento que fue otorgado en vida por el padre, para que en caso de su muerte la madre podría continuar con el procedimiento, sin importar el plazo en que lo dese tener.

#### **2.4.2.5. Requisitos de la Fecundación Post Mortem.**

##### **A) Consentimiento:**

El único medio para determinar la filiación del hijo póstumo es mediante el consentimiento del marido. Este consentimiento debe ser personalísimo, sin que pueda ser prestado por representante legal o voluntario del marido, y respecto de una mujer determinada.

Junto con el consentimiento del varón, la mujer debe prestar el consentimiento general para la aplicación de las técnicas. Asimismo, debe ser un consentimiento expreso y específico para la fecundación post mortem.

##### **B) Plazo:**

Deberá prestarse en un plazo de doce meses siguientes al fallecimiento.

Según los doctrinarios que avalan este plazo, es por la necesidad de otorgar protección y seguridad a los derechos sucesorios de otros herederos, de manera que pueda conocer si presumiblemente concurrirá un nuevo interesado a la herencia; también se pretende proteger el denominado salto generacional, y el aseguramiento de que la viuda adopte una decisión mediata.

##### **C) Forma del consentimiento post mortem.**

La forma que se utiliza es la ad solemnitatem para la prestación del consentimiento de la fecundación post mortem: escritura pública o testamento, el documento de consentimiento ante el centro que se realizara la congelación de gametos. Siendo que, para mayor seguridad, la doctrina afirma que se debería prestarse ante notario o testigos mayores de edad y con plena capacidad.

#### **2.4.2.6. Requisitos para la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem.**

Tal como lo señala La revista y comunidad líder en reproducción asistida REPRODUCCIÒN ASISTIDA ORG, establece los requisitos de índole clínico para acceder a la FIV.

- La mujer sea capaz de producir óvulos, Además, es necesario que no tenga problema o anomalías uterinas que impidan la implantación del embrión o la evolución de la gestación.
- En los hombres varían en función del tipo de FIV que se vaya a realizar.
- Cuando las muestras de semen no proceden, como es el caso de una biopsia testicular, también se requiere hacer una ICSI, ya que la calidad suele ser muy baja, lo mismo ocurre con el semen congelado o óvulos vitrificados.

- Lo legislación española exige ante esta técnica un consentimiento expreso por parte del varón fallecido para poder usar su material genético, Pero el consentimiento debe ser previo a la muerte, expreso a una mujer concreta, formal personalísimo y revocable.

En el Perú, no existe una regulación legal o médica concreta para el uso adecuado de las técnicas de reproducción asistida ya sea post mortem o no, por lo que existe un vacío legal, en cuanto a los derechos reproductivos de la madre, derecho a la identidad del menor y derechos sucesorios, además los requisitos de validez del consentimiento otorgado por los progenitores.

#### **2.4.2.7. Problemas jurídicos de la técnica de reproducción asistida post mortem.**

El tratadista Valverde Morante (2014) señala que debemos tener presente que el derecho había previsto la figura de los “hijos póstumos”, es decir aquellos que nacían después de la muerte del padre. Sin embargo, el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y principalmente el desarrollo de la congelación de semen, han hecho realidad en la praxis, la concepción de un hijo cuando su progenitor ya no se encuentra sobre la faz de la tierra.

Así mismo señala que cuando se alude a la “fecundación post mortem” se piensa siempre en la utilización de los gametos del marido o compañero. Tratándose del primero el matrimonio se ha disuelto y la filiación no puede calificarse de matrimonial, “strictu sensu”. En el segundo caso la filiación será siempre no matrimonial, la dificultad descansa en la forma en que se determinará la paternidad.

Cuando se refiere a “Fecundación post mortem” pensamos en la utilización de los gametos sexuales del marido, pero deberíamos preguntarnos sobre la respuesta legal cuando a la muerte del varón ya existían los embriones congelados. Si el consentimiento puede tomarse como un reconocimiento, serían hijos del fallecido.

Como es fácil comprender, ante este supuesto fáctico los fundamentos del derecho de filiación y de sucesiones se ven debilitados. Si el concebido nace después de los trescientos días de la muerte del marido, no se le considera hijo suyo, aunque biológicamente lo sea; y deberá presentarse una reclamación judicial.

Consideramos importante citar el primer caso que se presentó en el derecho comparado sobre la “inseminación artificial post mortem” y que fue resuelto por la jurisprudencia francesa. El caso es el siguiente, Alain, que padecía de cáncer testicular, depositó su semen en un Centro de conservación de esperma (CECOS) el 07 de diciembre de 1982 y falleció en diciembre de 1983. Su viuda solicitó la devolución del semen para que le fuera practicada una “inseminación post mortem”, el banco de semen se negó.

Ante la negativa, la viuda Corinne Parpalaix, junto con los padres de Alain, demandó judicialmente al centro de conservación del esperma para que les fuera devuelto el semen. De tal manera que no se demandaba a los tribunales sobre la licitud o la ilicitud de la “inseminación artificial post mortem”, sino sobre la existencia o no de un depósito que confería a sus herederos derecho a su devolución.

La cuestión que el tribunal francés que debía de resolver, era únicamente si procedía la devolución de las cánulas que contenían el esperma a la viuda en su condición de tal, o a los padres de Alain como herederos de éste. La práctica de la “inseminación post mortem” se hacía depender de que la decisión judicial resultara favorable a la devolución o no, y en el primer caso su realización dependería de la conciencia de la viuda y de su médico tratante.

El Tribunal de Máxima Instancia de Créteil, en sentencia del 01 de agosto de 1984 resolvió el caso, sus principales argumentos fueron:

a) Aunque no constaba expresamente la voluntad del difunto de procrear, ya en vida, ya después de muerto, se consideró probada su existencia por medio de testigos y a través de presunciones. Se admitió la voluntad tácita del fallecido de procrear post mortem, estimando que el Banco de semen había aceptado tácitamente la voluntad del paciente, puesto que no le inquirió sobre una posible oposición a una devolución de su esperma a sus herederos en caso de muerte.

b) El tribunal estimó que el llamado “depósito de semen” en realidad no constituye un verdadero contrato de depósito al que le puedan ser aplicadas las normas contenidas en el Código Civil, y ello porque el semen no es una cosa que entre en el comercio de los hombres, sino una secreción que contiene el germen de vida destinado a la procreación humana.

c) Dada la especial naturaleza del semen como portador de vida humana, estimó que tampoco se podía aplicar la ley de donación de órganos. Se consideró que el que habitualmente se denomina “depósito de semen”, es un contrato específico que comporta para el banco de semen la obligación de conservación y de restitución al donante, o de entregar a aquella persona a quien el esperma estaba destinado.

d) También se estimó que ni las condiciones de conservación o de devolución del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda estaban prohibidas ni reguladas por un texto legislativo y que siendo uno de los fines del matrimonio la procreación, no iba en contra del derecho natural. La importancia de esta jurisprudencia francesa radica en lo siguiente:

Fue la primera sentencia que trató de la “inseminación artificial post mortem”. No declaró ilícita la “inseminación post mortem”. Aunque no determinó la naturaleza jurídica del contrato de depósito de semen, rechazó su calificación como depósito, y puso de relieve su naturaleza específica. Dejó libertad para abordar, según la propia conciencia, la problemática de la “inseminación post mortem”. En ello radica su principal mérito.

Es importante destacar, que la decisión del Tribunal de Créteil fue duramente criticada, desde el punto de vista moral, estimando que no se puede hablar de un derecho del cónyuge sobreviviente a fundar una familia en estos casos y que las fuerzas genéticas del individuo escapan a su libre disposición.

Desde un punto de vista jurídico, se debe reconocer que la decisión del Tribunal fue inobjetable, aunque podríamos preguntarnos si debemos presumir con este razonamiento, que todos los hombres que proceden a depositar su semen quieren engendrar un hijo póstumo.

La jurisprudencia francesa nos permitió determinar en ese momento, que no nos encontrábamos ante un contrato de depósito susceptible de ser reclamado por los herederos del depositante, sino ante un contrato “sui generis”, que establecía para el banco de semen, la obligación de conservación y restitución al donante o a aquella persona a quien el semen iba a ser destinado.

Los dos principales problemas que se desencadenan de la técnica de fecundación asistida post mortem son los siguiente:

## 1. Problemas de filiación.

La filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, salvo las especificaciones establecidas para la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación radica en la dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación.

Si la mujer es inseminada tras el fallecimiento de su marido con esperma de éste, el principal problema no radica tanto en determinar quién es el progenitor del niño cuanto en la clase de filiación, ya que con la normativa del Código Civil sería complicado estimar que la filiación del hijo sea matrimonial. Esto es, la aplicación de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil, en cuanto el mismo presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En la práctica totalidad de los casos de inseminación artificial tras el fallecimiento del marido o transferencia *post mortem* de preembriones, no se cumplirían tales plazos legales, salvo que la inseminación y la transferencia se hiciesen casi simultáneamente a la muerte del esposo<sup>55</sup>.

Por ello el legislador, ha estimado que la filiación es de carácter matrimonial. Además, de la concurrencia del doble requisito del consentimiento del marido y del plazo temporal para la fecundación se deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido de estas técnicas y el varón fallecido. A mi juicio es una decisión acertada el carácter matrimonial de la filiación: El marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas. (Rodríguez, 2015)

## 2. Problemas sucesorios.

Los derechos sucesorios a los nacidos mediante esta técnica, puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación matrimonial *post mortem* del hijo respecto al padre muerto. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios.

Se plantea el problema de la incertidumbre respecto de los derechos sucesorios de otras personas que resultarían perjudicadas con el nacimiento del niño y, además, se plantea un problema de inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código Civil, que en absoluto no están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial.

En consonancia con esta afirmación, se habría de admitir la posibilidad, dentro del ámbito de la sucesión testada, de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose entonces que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a nacer. Pero siempre suele reconocerse el llamamiento al *concepturus* dentro del ámbito de la sucesión testada, no de la intestada.

Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va a nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder.

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través



de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal dentro del cual ha de inseminarse a la mujer, o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda quede embarazada.

La esposa ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando éste se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no sólo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia

### **2.4.3. EL CONSENTIMIENTO**

#### **2.4.3.1. Tipos de consentimiento.**

##### **A) Consentimiento expreso.**

El consentimiento expreso es aquel del cual existe un acto objetivo que nos permite tener una certeza verificable e inequívoca, como lo menciona el jurista Ricardo Rabinovich; la expresión positiva de voluntad será considerada como tal cuando se manifieste verbalmente o por escrito, o por otro signo inequívoco con referencia a determinados objetos.

##### **B) Consentimiento tácito.**

Velázquez (2018), refiere que el consentimiento tácito es aquel que surge de hecho o determinados actos que indican que el sujeto ha aceptado el contrato sin necesidad de firmarlo o manifestar verbalmente su aceptación. Asimismo, cita al jurista Ricardo Ravinovich, el cual afirma lo siguiente “la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer por certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos de que no se exija una expresión positiva, o cuando no hay una propuesta o declaración expresa contraria.

##### **C) Consentimiento informado**

Es requisito indispensable el consentimiento informado de la parte por escrito y previo a la aplicación de estas técnicas. Es obligación de los centros brindar y derecho de los pacientes recibir suficiente y adecuada información antes de firmar la documentación que acredite su voluntariedad en la realización del procedimiento que su médico le indique.

Es importante que las personas que acceden a este tipo de técnica firmen su consentimiento luego de haber sido informados de manera clara y objetiva de los riesgos y beneficios del procedimiento y de los porcentajes de éxito del mismo. La veracidad de la información y las tasas de riesgo y éxito de las técnicas son esenciales para el bienestar de la pareja receptora y, eventualmente, para el niño que pudiera nacer.

Asimismo, se debe comprobar que estas personas acceden por voluntad propia y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales. (Varsi, 2013).

#### **2.4.4. LA FILIACIÓN.**

##### **2.4.4.1. Definición de filiación.**

Aguilar Llanos (2016) en el “Tratado de Derecho de Familia”, cita a Pecorella, quien indica que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, autonomía propia. Asimismo indica que la maternidad y la paternidad, siempre fueron considerados como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos.

##### **2.4.4.2. Características de la filiación.**

Velázquez (2018) cita a Pérez, Arévalo, Soto, de León, Rodríguez los cuales concluyen que las características fundamentales son la certeza y estabilidad, con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradera.

##### **2.4.4.3. La determinación de la filiación.**

Para Vizenci (2005), la importancia que posee el elemento voluntario en el inicio de la procreación entendida como hecho biológico, se relativiza cuando se trata de regular los efectos jurídicos que se verifican después del nacimiento del nuevo ser.

Así, en orden a la determinación del vínculo de la filiación se deberá distinguir según se trate de la filiación matrimonial o extramatrimonial, y posteriormente determinar si el mero consentimiento o la falta de éste, se consideran suficientes o pueden impedir la atribución de la paternidad.

Para la determinación de la paternidad matrimonial, en la fecundación asistida se tendrá en cuenta que: ambos cónyuges prestaron su consentimiento para la fecundación artificial homóloga, y, además, el nacimiento se produce dentro de los plazos legales, opera la presunción paterna, y, por consiguiente, la paternidad quedará determinada a favor del marido.

##### **2.4.4.4. Clases de filiación.**

###### **A) Filiación biológica**

Llanos (2016) especifica que aquí no hay duda alguna de la relación paterna o materna filial, y si llegara a cuestionarse tal relación sería fácilmente superable a través de la prueba de ADN. Esta filiación termina generando familia, al establecer la relación entre padres e hijos, o madres e hijos, y esta relación no se agota en ellos, sino que trasciende a los parientes consanguíneos del padre o la madre, y así el hijo ahora tendrá vínculos de parentesco con los parientes consanguíneos de sus padres.

En las técnicas de reproducción asistida, la filiación biológica se va dar cuando el semen del hombre se fusione con el óvulo de la mujer, y esto ocurre extracorpóreamente y luego se transfiere el embrión en el útero de la mujer que proporcionó el óvulo, y luego ella desarrolla la gestación hasta dar lugar al alumbramiento de la criatura, entonces ese hijo o hija habida de esa fusión tendrá como padres biológicos al hombre que aportó el semen y a la mujer que hizo lo propio con su óvulo, esta es una de las formas cómo opera la filiación genética cuando por problemas de uno de ellos o de la pareja no puede llevarse adelante la relación íntima.

###### **B) Filiación matrimonial**

La filiación matrimonial se refiere al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo el concepto termina siendo impreciso, pues hay dos momentos distanciados en el tiempo,

la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no necesariamente ocurran en el matrimonio, y así pues puede ser concebido antes del matrimonio y nazca dentro de él, o concebido en el matrimonio y nazca después de la disolución o anulación de éste; entonces, es necesario saber si por tenido ha de entenderse al concebido o alumbro. LLANOS (2016)

Desde Roma nos llega la presunción *pater is*, esta presunción *juris tantum*, conocida como *pater is quem nuptiae demostrant* y que significa, padre es quien las nupcias demuestran, y que se traduce en el hecho de que, si una mujer casada alumbra un hijo, se tiene como padre de éste a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges.

Nacimiento producido después de 180 días celebrado el matrimonio o antes de vencidos los 300 siguientes a su disolución o anulación. - en este caso el hijo gozará de la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*.

Nacimiento después de los 300 días de disuelto o anulado el matrimonio. - no hay mayor problema que en reconocer que ese hijo será extramatrimonial aun cuando el padre sea el marido de la ex mujer.

### **C) Extramatrimonial**

RASPIGLIOSI (2004) determina que frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status*, pero no *status familiae*, es decir, tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completa.

De otro modo no es más que, la filiación sin nexo con el matrimonio entre los progenitores. Siendo definida en el artículo 386 del Código Civil Peruano, son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

### **D) Filiación legal.**

Llamada también filiación jurídica, y está referida al vínculo que liga a quienes ante la ley figuran como padre, madre e hijo.

Nuestro Código Civil acoge la figura de la filiación legal, pues es la normativa positiva quien se encarga de señalarnos, sobre la base de la presunción *pater is quem*

*Nuptiae* demuestran (padre es quien las nupcias demuestran) quienes son padre, madre e hijo, y lo son aquellos nacidos dentro del matrimonio. Así si la mujer es casada y alumbra un hijo se reputa como padre de ese hijo a su marido, presunción que descansa en los deberes que impone el matrimonio como son la cohabitación y fidelidad. LLANOS (2016).

#### **2.4.4.5. La Filiación En La Legislación Peruana**

##### **A) Constitución política de 1993.**

Se fundamenta en la dignidad humana, la familia nuclear y la tipicidad del matrimonio como presupuesto de la filiación.

##### **B) En el código civil**

El Código Civil contiene la filiación de dos maneras: la Filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.

##### **1. Filiación matrimonial.**

Nuestro Código Civil se refiere a la filiación matrimonial en los artículos siguientes:

- **ARTÍCULO 361º:** El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.
- **ARTÍCULO 362º:** El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido, o sea, condenada como adúltera.
- **ARTÍCULO 373º:** El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra los herederos.

## **2. Filiación extramatrimonial.**

Sobre la filiación extramatrimonial en el código civil se precisa:

- **ARTÍCULO 386º:** Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.
- **ARTÍCULO 387º:** El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.
- **ARTÍCULO 399º:** El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395º.
- **ARTÍCULO 413º:** En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

## **C) En el código de los niños y adolescentes**

En el Código del Niño y Adolescente se hace mención de este tema en su:

- **ARTÍCULO 1º:** El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.
- **ARTÍCULO 2º:** Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. (...).
- **ARTÍCULO 6º:** El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

### **2.4.4.6. Filiación proveniente del uso de métodos de reproducción asistida.**

La filiación es consecuencia de la reproducción. Esta puede ser natural o asistida. En el primer caso no se presentan mayores problemas. Es la TRA la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante.

La tenencia actual es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique solo y exclusivamente a la filiación por naturaleza (la matrimonial y la extramatrimonial), mientras que la voluntad y el afecto (socio afectividad) sea la base para la filiación derivada de TRA.

En el sistema de filiación común, la paternidad se sustenta en la verdad genética y la maternidad, en la verdad biológica. La atribución en el hombre radica en el aporte de material genético y en la mujer en el hecho de parir. (Varsi, 2013)

El fin de las TRA es permitir descendencia a las parejas infértiles, por lo que deben estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga y que no solo construya, sino que establezca la filiación de todos los concebido y nacidos por estos medios.

Un sector del derecho comparado tiende a la prevalencia de la voluntad, desplazando lo que mandan los genes. Esta corriente busca distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica, la hace inatacable, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Es la voluntad lo que prima y, además, la robustece.

Se habla de la filiación Civil, contraria a la filiación por naturaleza, con conceptos nuevos. Se fundamenta en la generación y la voluntad de los participantes. Voluntad de procrear, de aportar, de gestar, voluntad de no asumir una relación paterno filial. La típica paternidad pierde fuerza, el pater es desplazado por el afecto, el amor y la comprensión, ya no más conceptos cargados de biologismos, a partir de ahora deben primar las categorías sociológicas y culturales.

La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde a los que la desearon. El régimen de filiación para las técnicas procreativas se asemeja al de la adopción, dado de que ambas se sustentan en la voluntad y no en el dato biológico.

En el sistema tradicional, la filiación depende fundamentalmente del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, y desconoce el querer, que es la motivación de las prácticas de generación asistida.

En la reproducción natural, la falta de voluntad del hombre para procrear es irrelevante, mientras que en la TRA debe ser tomada en cuenta. La atribución de la paternidad no es el acto de generación, sino el consentimiento, la voluntad, es la causa última, dado que el elemento biológico puede variar entre uno u otro cedente. La voluntad del marido termina teniendo más fuerza que la presunción pater est, cuando se trata de una técnica homologa, por ejemplo.

#### **2.4.4.7. La filiación post mortem.**

El desarrollo que han alcanzado las técnicas de fecundación artificial, permite que la manipulación del momento de la concepción y embarazo puedan disociarse y extenderse en el tiempo de manera indeterminada. En efecto, los métodos de criopreservación de esperma, óvulos y embriones no sólo que una persona o una pareja pueda procrear, como también, que puedan planificar la época o el momento en que deseen acceder a la paternidad. (Varsi, 2013)

El problema está si el nacido puede y debe ser considerado como hijo de una persona fallecida. Cabe resalta, que en este supuesto existe la plena certeza de la descendencia genética y de la identidad del progenitor, a pesar de lo cual y de forma contradictoria, el nacido puede llegar a ser considerado como un hijo sin padre. Así, la eventual admisibilidad de esta forma de procrear pone en cuestionamiento los propios fundamentos del régimen de filiación inspirados en la protección de los derechos e interés del hijo.

EL desarrollo de las técnicas de fecundación in vitro y de crio preservación de gametos – La creación de embriones sobrantes y la criopreservación de los mismo es una práctica común, y se puede decir que está obligada, cuando se recurre a una fecundación in vitro. La complejidad de la

técnica exige, por lo general, la realización de varios intentos antes de que se produzca la implantación definitiva del embrión en el útero de la mujer. ---permite que la fecundación y la gestación sean dos momentos del proceso de procreación que pueden presentarse de manera discontinua. (Cuando se utiliza el tema de la fecundación artificial post mortem, también cobran especial relevancia las cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica de los gametos, el derecho de apropiación y la facultad disposición mortis causa de aquellos, el derecho de los herederos sobre el material biológico, así como, los límites de la libertad para procrear.

A diferencia de los hijos póstumos procreados mediante fecundación natural, para que se configure un supuesto de fecundación post mortem es necesaria la concurrencia de algunos requisitos: (a) el recurso a una técnica de procreación artificial; (b) que el progenitor fallecido haya manifestado su voluntad de asumir la filiación del nacido a consecuencia de la fecundación o de la implantación del embrión ( Este requisito no es de ineludible cumplimiento, pues un sector de la doctrina comprende el recurso a procrear de la mujer o una prerrogativa derivada de la relación matrimonial mantenida con el varón fallecido) (c) la muerte de uno o ambos progenitores antes de la fecundación o de la gestación del hijo. En realidad, el procreado post mortem es un hijo póstumo respecto al momento de su nacimiento, pero superpóstumo o post póstumo con relación al momento de su concepción.

Vizenci (2005) refiere que la respuesta negativa descarta la posibilidad de determinar la paternidad del difunto, incluso en el caso que el varón hubiese autorizado el empleo de sus gametos post mortem. Cuando el cuerpo humano del que provienen los gametos se descompone a consecuencia de la muerte, no hay ninguna relación entre aquel cuerpo y el material genético que existe y funciona por cuenta propia. Por tanto, no es posible que el nacido sea considerado hijo de un hombre fallecido antes que se hubiesen utilizado sus gametos; se trata, por tanto, de un hijo sin padre. Menciona a Silvia Ruiz, quien afirma que el hijo podría, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre.

De ello hace un análisis de las sentencias extranjeras, En Francia, a sentencia del Tribunal de Grande Instance de Creteil, del 01 de agosto de 1984.

En 1984, el Sr. Parpalaix afectado de un tumor a los testículos y advertido por el propio médico que el tratamiento al que debía someterse podía ser causa de esterilidad, decide depositar su semen en centro sanitario con el fin de procrear en el futuro. Como consecuencia de la enfermedad, el citado señor fallece, entonces, sus padres y mujer solicitan la restitución de los gametos al banco de semen, Este último se niega alegando que el semen una vez donado ya no quedaba a disposición del cedente o de sus herederos, sino en la del centro sanitario.), admitió la pretensión de una viuda que solicitaba la restitución del semen del marido fallecido depositado en un banco de esperma. La propia materia controvertida impidió que los jueces franceses se pronunciaran sobre la cuestión relativa a la determinación de la filiación del hijo procreado post mortem.

Los jueces franceses fundamentaron su resolución en la supuesta voluntad del marido de tener hijo con su mujer, deduciéndola de las declaraciones matrimoniales de los familiares de la pareja, y del hecho de haber contraído matrimonio unos días antes de su muerte. Asimismo, al no tener evidencia que el centro médico hubiese advertido a la pareja de la prohibición de restituir el semen en caso de su muerte, esta restricción no puede ser opuesta a la cónyuge superviviente. Finalmente, el Tribunal señaló que la devolución del esperma del marido fallecido y la inseminación de la viuda no son actos prohibidos por el ordenamiento jurídico, ni vulneran el Derecho natural puesto que se cumple con uno de los fines del matrimonio, la procreación.

Poco tiempo después, la entidad encargada de los bancos de gametos (CECOS) introdujo una cláusula en sus contratos advirtiendo que, en casa de muerte de uno de los miembros de la pareja, está prohibida la restitución del esperma depositado. La sentencia del Tribunal de Grande Instance de Toulouse, de 16 de marzo de 1991, consideró válida dicha cláusula en virtud de lo cual rechazó

la solicitud de una viuda que pretendía inseminarse con el espermatozoides de su marido, ordenando la destrucción de los gametos.

A su vez, la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Angers, del 10 de noviembre de 1992, admitió la acción de reclamación de paternidad legítima de un hijo nacido después de transcurridos 300 días de la disolución del matrimonio por muerte del marido. La prueba de la fecundación in vitro y la interpretación efectuada por los jueces, permitieron extender la presunción de paternidad que, según los jueces, tiene pro única finalidad suplir la incerteza sobre la fecha de la concepción, lo que en el caso estaba plenamente acreditado.

En Italia, los jueces realizan una valoración de los derechos en conflicto: frente a un daño eventual al nacido por la falta de figura paterna, prevalece el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de los embriones. De igual manera, la denegatoria, atentaría contra el “derecho del progenitor superviviente a que no se interrumpa el proceso vital iniciado con sus propios gametos, impidiendo que la mujer pueda gestar en su propio cuerpo un embrión que constituye fruto natural y parte integral personal.

El Tribunal señaló que la incerteza sobre el status del nacido fuera de plazo legal de la presunción pater ist puede solucionarse mediante una interpretación evolutiva que permita que el hijo determine su filiación matrimonial y su capacidad sucesoria. Una respuesta negativa a ambos problemas tampoco justificaría una resolución en sentido contrario, ya que están en juego los derechos constitucionales de valor superior.

#### **2.4.5. DERECHOS DEL NIÑO CONCEBIDO BAJO TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.**

##### **2.4.5.1. Derecho a la identidad**

Para Morales Godos (1995) El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quien y como es comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética), sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, etc.).

Rubio Correa (2000) en su libro “Estudio de la Constitución Política del Perú” señala que el maestro peruano Fernández Sessarego ha sido quien ha desarrollado este derecho convirtiéndose en el pionero en América Latina. El mismo que señala que la identidad personal comprende dos facetas una estática y otra dinámica. La identidad estática está dada por el físico, su nombre, lo que sí ha merecido tradicionalmente tutela jurídica; mientras que la identidad dinámica se manifiesta como un conjunto de atributos y calificaciones de la persona.

Sandoval (2016) Este derecho implica, por un lado, el derecho de todo ser humano a ser uno mismo y no otro aspecto interno de la identidad personal.

Determina este autor a la identidad personal como el derecho a “ser uno mismo constituyendo la verdad de la persona”. Y agrega que “esa verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada”

La Constitución Política del Perú de 1993, establece en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, que toda persona tiene Derecho : a su identidad...”<sup>2</sup>.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece, en el artículo 7º, que *“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*. Incluso obliga a que el Estado se comprometa a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos** artículo 18: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos mediante nombres supuestos si fuere necesario”*.

El derecho a la identidad guarda relación con el derecho a conocer la filiación, este derecho demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que el ser humano sea reconocido legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre.

#### **2.4.5.2. Derechos sucesorios**

Llanos B.A (2016) El problema mayor en el caso de la inseminación artificial post mortem se da en el derecho sucesorio, pues ante la evidencia de que ese hijo genéticamente tiene como padres a la sociedad conyugal, sin embargo no podría heredar a su padre, debido a que solo son herederos los que sobreviven al causante, y como es de verse en el caso comentado, cuando se abre la sucesión del causante (fallecimiento del marido) el hijo no había sido aún concebido, solución a todas luces injusta.

### **2.4.6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

#### **2.4.6.1. Definición del Interés Superior del Niño.**

El principio del interés superior del niño se constituye en una garantía de la vigencia de los derechos que les son reconocidos, identificando el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, que este principio tiene sentido en la medida en que existen titulares jurídicos cuyos derechos concretos limitan la actuación de las autoridades. Dicho principio le recuerda siempre a la autoridad que cuando se trate de ella no constituya soluciones jurídicas desde la nada sino en sujeción del contenido a los derechos de los niños sancionados legalmente.

---

<sup>2</sup>artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, Toda persona tiene Derecho: “Derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar...”.



#### **2.4.6.2. El sistema internacional de protección de los derechos del niño**

- **El Interés Superior del Niño en la Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en el caso Bulacio que "cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades

#### **2.4.6.3. En la Convención sobre los Derechos del Niño.**

El Comité de los Derechos del Niño señala que el Interés Superior del Niño es uno de los principales rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo para Cillero Bruñol, citado por TORRES FLOR (2014) en su libro *“Derecho a la Identidad y Reproducción Asistida Heterologa”* señala que "el Principio del Interés Superior del Niño no es un tema nuevo debido a que su aparición no es nuevo en el derecho internacional teniendo en consideración que se ha hecho un uso extenso en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado".

El interés superior del niño se encuentra expresamente previsto en el artículo 3° inciso 1 de la Convención, el cual refiere: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

"El Niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se tenderá será el interés superior del niño"

La importancia de este está en que debe asegurar la plena realización de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; en esta misma dirección la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter regulador del mismo, le cual se funda en la propia dignidad del ser humano, así como la exigencia de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

#### **2.4.6.4. El Interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre este principio a través de la STC N°03247-2008, en la que el supremo interprete de la Constitución señala que la tutela permanente que el artículo 4° de la Constitución reconoce al niño y al adolescente, se fundamenta en lo que se reconoce como interés superior del niño y del adolescente.

En la Sentencia N°052-2004-AA/TC se resalta el valor instrumental del artículo 3.1° de la Convención, del cual deriva una exigencia en materia de interpretación y aplicación de las reglas procesales, las que habrían de aplicarse de cara a un óptimo pronunciamiento final sobre el fondo de aquello que aqueja al niño y no optar por dilatar el pronunciamiento jurisdiccional que puede privar al niño del ejercicio de determinados derechos fundamentales.

El principio interés superior del niño rige como criterio rector para la satisfacción de sus derechos, los cuales están reconocidos no solo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

#### **2.4.7. DERECHOS REPRODUCTIVOS**

Los derechos reproductivos implican la toma de decisiones reproductivas libres y responsables, lo cual comprende el derecho a decidir tener hijos o no, el número de los mismos y el tiempo a transcurrir entre cada uno. OROZCO (2013)

Implica poder acceder plenamente a los métodos para regular la fecundidad por propia decisión, poder contar con servicios de calidad para el cuidado de la SSR durante todos los ciclos de vida, recibir atención de emergencia y contar con todos los insumos para garantizar la maternidad segura, antes, durante y después del parto. No ser discriminada en el trabajo, la escuela y en la sociedad por estar embarazada o por tener o no tener hijos/as.

Los derechos reproductivos deben garantizar la salud reproductiva (SR), que es un estado de bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de enfermedad o dolencia en todos los asuntos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. Son la expresión de ciertos valores: dignidad, libertad, igualdad. Se refiere a los derechos de los ciudadanos frente al Estado y frente a la comunidad internacional. El estado tiene la obligación de garantizar el goce y el acceso a los derechos, no obstaculizar que las personas disfruten de un derecho y eliminar las barreras que impiden el goce y el acceso a los derechos. Ello implica adecuar las leyes y/o su interpretación.

LA ASAMBLEA DE FLASOG aprobó la Declaración de Santa Cruz, dentro de cual asumió la defensa de los siguientes DSR.

La infertilidad se ha convertido en un problema de salud pública, al encontrar que entre el 8 % y el 10 % de las parejas en el mundo experimentan alguna forma de infertilidad involuntaria a lo largo de su vida reproductiva, que la carga de la infertilidad no se comparte de manera equitativa, que la investigación de las causas de infertilidad es más exhaustiva en la mujer que en el hombre y está asociada con mayores inconvenientes y riesgos, que la carga del tratamiento también recae con más frecuencia sobre la mujer. Incluso, en la infertilidad masculina, las posibilidades de manejo exitoso están cambiando hacia las tecnologías de reproducción asistida (TRA). En la mayoría de las sociedades la carga psicológica y social de la infertilidad es mucho más pesada para las mujeres. El estatus de una mujer con frecuencia se asocia con la infecundidad y la imposibilidad de tener hijos puede ser vista como una desgracia social. El sufrimiento de la mujer infértil puede ser muy penoso.

El derecho a procrear es un derecho subjetivo en el ser humano desde que este es un ser vivo con capacidad de reproducción y, por consiguiente, es coherente pensar que quieran buscar todos los medios para lograr ese fin. (Varsi, 2013)

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial, han llevado a defender la existencia del “derecho a procrear” o “derecho a la procreación humana”, y como una de sus manifestaciones la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial. VIZENCI (2005)

El derecho a la reproducción es un derecho individualidad con asiento en la propia naturaleza del hombre. En este sentido, y con carácter colectivo, la procreación no sólo constituye un derecho sino también un deber que corresponde a cada miembro de la sociedad.

#### **2.4.7.1. El reconocimiento de los derechos reproductivos en la legislación peruana.**

La normativa que reconoce los derechos reproductivos de las personas.

##### **A) La Constitución**

Reconoce los derechos reproductivos de las personas. Estableciendo una serie de derechos intrínsecamente relacionados con este; el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad personal, entre otros.

##### **B) Normas de rango legal.**

La Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombre. Es la única norma con rango de ley que reconoce expresamente la existencia de los derechos reproductivos. Es obligación del Poder Ejecutivo, gobierno regional y locales de aportar políticas, planes y programas para a garantizar el derecho a la vigencia del derecho reproductivo<sup>3</sup>.

##### **C) Normas administrativas.**

- **La norma técnica de planificación familiar<sup>4</sup>.**

En esta se desarrolla los derechos reproductivos, señalando entre otras cosas, que toda da persona debe tener acceso a servicios de calidad en salud sexual y reproductiva. Además, a ser atendido en Salud Reproductiva sin ningún tipo de coacción

- **Planes Nacionales**

El Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010, desarrolla actividades vinculadas a los derechos reproductivos de las mujeres, los que “garantiza que todas las mujeres y varones, puedan vivir libres de discriminación, riesgo, amenaza, presiones y violencia en el campo de la reproducción.

Marco normativo internacional y nacional que respalda los derechos reproductivos, están contemplados en la convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (1979). La cual tiene carácter vinculante para el estado peruano.

#### **2.4.8. EL MATRIMONIO**

##### **2.4.8.1. Concepto de matrimonio**

El matrimonio es la base fundamental de la familia, es el centro de la misma, y las demás instituciones que integra el derecho, no son más que consecuencias o complementos de aquél. Por esta razón, el matrimonio es un instituto jurídico; pero acaso de mayor importancia que todas las demás instituciones del derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la organización

---

<sup>3</sup> La Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombre-Ley N°28983-16 de marzo del 2007.

<sup>4</sup> Aprobado por D.S.009-2005-MIMDES del 12 de setiembre de 2005

civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, amparada y regulada por el derecho. (Jara y Gallegos, 2014)

Llanos (2016) define al matrimonio como institución trascendente origina una sociedad conyugal que genera derechos y deberes entre los cónyuges, y estos con respecto a sus hijos y terceros, por ello el artículo 234 señala con precisión que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Asimismo, señala que, el código civil actual define el matrimonio como una institución fundamental del derecho de familia, que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común.

Del artículo 234 del código civil, podemos inferir los elementos consustanciales a esta institución, como el consenso libre entre los pretendientes, en donde la voluntad está presente, voluntad autentica y querida y no impuesta; la relación heterosexual, no permitiéndose en el presente, matrimonio entre personas de mismo sexo.

Rospigliosi (2004) afirma que, para el derecho, el matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. A través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia.

#### **2.4.8.2. Naturaleza jurídica del matrimonio**

##### **A) El matrimonio como contrato**

Llanos (2016) se ha sostenido que el matrimonio es participe de todos los elementos esenciales del contrato y que no afecta a su esencia, el que puedan existir restricciones que reducen el campo de su actuación, tal como ocurre con otras relaciones jurídicas, cuya calificación contractual está fuera de toda duda; en efecto, en todo contrato existen condiciones de validez del acto, como la capacidad, el libre consentimiento, el objeto que debe ser lícito, la forma, entre otro, ahora bien, en el matrimonio, vamos a encontrar capacidad de los contrayentes, plena libertad para su celebración, la no existencia de vicios de voluntad, el objeto o fin del matrimonio, que como ya lo hemos manifestado es la plena comunidad de vida, y la forma, que en este caso, en el matrimonio, viene impuesta por ley.

Asimismo, la doctrina española no desecha la doctrina contractual, así La Cruz, sostiene que el matrimonio es un contrato desde el mismo acto constitutivo del vínculo, en el que aprecia el acuerdo de voluntades, pero entiende que se trata de un contrato con características propias que afectan la autonomía de la voluntad; nada de ello dice, implica que no se le pueda catalogar de contrato familiar.

##### **B) El matrimonio como institución.**

Llanos (2016) Se señala que el matrimonio es una gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes; menciona a Vélez Sarsfield quien refiere que, en el siglo XIX, un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera, serían necesarias tantas excepciones al contrato. El citado autor consideraba que resultaba mejor considerar de otra manera al acto, dejando al legislador libertad para formular

todas las condiciones del matrimonio, y que no podría estar contenida en el contrato, entonces convenía apuntarlo como institución.

En España, se adhieren a la concepción mixta Puig Peña y Puig Brutau; al primero le parece oportuna la tesis contractualista, que entiende que fundamenta técnicamente la contratación válida de las nupcias, pero acepta la teoría de la institucionalidad al considerar al matrimonio como estado jurídico.

El segundo opina que no tiene sentido exacto contraponer las ideas entre contrato e institución, ya que puede ser a la vez contrato, o negocio jurídico bilateral, y al mismo tiempo institución, lo primero en cuanto al acto constitutivo y lo segundo en la realidad del matrimonio ya constituido. Se podría decir, en síntesis, que mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución.

#### **2.4.8.3. Matrimonio como acto jurídico familiar. –**

Para Llanos (2016), los elementos del acto jurídico están dados, por cuanto se requiere agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y forma prescrita por la ley, y en cuanto a los objetivos los de crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, desde su punto de vista, también estarían dado, en cuanto el matrimonio en efecto crea relaciones jurídicas, no olvidemos a propósito del mismo, se establece una sociedad conyugal que es fuente generadora de derecho y deberes; ahora bien, en cuanto al objetivo último sería la de lograr la felicidad de los que lo contraen, sin embargo ello no desconoce, que dentro del matrimonio se generan relaciones económicas, con en efecto se dan e incluso se ha regulado dos regímenes matrimoniales, como lo son el de sociedad de gananciales y la separación de patrimonios. En cuanto a la denominación de acto jurídico familiar, debemos entender que ello refleja que este acto jurídico tiene características propias, singulares, que la hacen especial y con contenido social, y por ello el Estado, promueve dicha institución.

#### **2.4.8.4. Características del matrimonio**

Para Jara y Gallegos (2014) el matrimonio se caracteriza por lo siguiente:

- 1) El matrimonio es de orden público.
- 2) El matrimonio es una unión exclusiva
- 3) El matrimonio es una unión permanente.
- 4) El matrimonio representa una comunidad de vida.

#### **2.4.8.5. Importancia del matrimonio**

Atendiendo a la trascendencia jurídica, social económica y aun política de la familia, el Estado se preocupa de establecer lo más adecuado para ella y, correlativamente para el mismo Estado, pues la familia es, la célula básica de la sociedad (...) sin duda alguna, el matrimonio constituye una institución destinada a brindar cohesión entre los miembros de la familia, y representa la fuente de la familia. Jara y Gallegos (2014)

#### **2.4.8.6. Fines del matrimonio**

Los fines del matrimonio es el reconocimiento legal de la unión sexual dirigida a la procreación de los hijos, de la que surgen importantes deberes de asistencia y formas de los hijos; sentar la base de la organización familiar, de la cual es matrimonio es su principal fuente; la ayuda mutua entre los cónyuges propia de hacer vida en común.

#### **2.4.8.7. Formas de Extinción del matrimonio**

Varsi Rospigliosi (2004) afirma que una de las formas de extinción natural del matrimonio es la muerte (biológica o judicial) y voluntaria que es el divorcio.

### **2.4.9. CRITERIOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA COMPARADA SOBRE EL EMBARAZO POST MORTEM.**

Valverde Morante (2014) realiza un estudio acerca del embarazo post mortem en la doctrina jurídica comparada, señalando al profesor de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá, Bustos, J. (2006) quien refiere que “se puede entender por “embarazo post mortem”, al que se provoca en el claustro materno, bien por implantación en el de un embrión, hasta ese momento congelado, o mediante la transferencia de gametos masculinos para que fecunden al óvulo femenino, igualmente congelado hasta entonces, siempre que uno u otro procedan de quien fue esposo o compañero de la mujer receptora”.

Es importante destacar, que el elemento temporal de la denominación “post mortem”, restringe los supuestos a los de embarazo con gametos sexuales de quien fuera marido o conviviente de la mujer receptora y quien se encuentra muerto al tiempo de la aplicación de la técnica.

La técnica post mortem tiene como presupuesto común la congelación ya sea de gametos masculinos o de embriones humanos, es decir la técnica de congelación es previa a la técnica que ahora nos ocupa.

Debemos considerar, que el embarazo post mortem puede ser el resultado de la práctica de una fecundación in vitro con embriones supernumerarios que son criopreservados. Pero también, puede ser el resultado de una fecundación post mortem en sentido estricto, porque los congelados fueron los gametos del marido, que fecundan el óvulo de la viuda tras su muerte.

En tal sentido, tampoco sería adecuado legitimar el deseo de la viuda que pretende utilizar los gametos congelados del cónyuge extinto con el objeto de tener descendencia suya. Algunas posturas pretenden equiparar ésta situación a una adopción o al supuesto de los hijos póstumos de manera natural, pero consideramos que estas posiciones no son equiparables y el criterio que se debe tener presente en todos estos casos, es el bien del hijo.

Para las especialistas argentinas en Bioética, Loyarte, D. y Rotonda, A. (1995) el tema de la “procreación post mortem” intraconyugal en la doctrina extranjera como nacional, niega derechos sucesorios al hijo engendrado “post mortem” por medio de la utilización de esta técnica. Las motivaciones jurídicas de tal conclusión son claras, al momento de la apertura de la sucesión por fallecimiento del causante, el hijo aún no existe, porque todavía no ha sido engendrado.

Las profesoras de la Universidad Nacional de Mar del Plata, consideran inadecuado que el derecho autorice la práctica de procreaciones post mortem. Pero indubitadamente ante el caso dado,

se debe otorgar una filiación cierta de conformidad a la verdad biológica y también dar una solución a los eventuales problemas sucesorios.

Ellas entienden, que en el derecho actual se impone la solución que niega los derechos sucesorios a quien no existe en el momento de la muerte del causante. Consideran que los proyectos de ley argentinos, deberán contener una regulación de éste tema y para el caso de aceptarse la “procreación post mortem” deberá necesariamente fijarse un término para su práctica, a efectos de determinar en un lapso prudente, la existencia o no de nuevos descendientes con derecho hereditario y correlativamente otorgar certeza a los derechos sucesorios que puedan resultar y a los terceros que de una u otra forma tengan derechos pendientes con la sucesión.

Sin embargo, de admitirse la “procreación post mortem” reconocen las críticas que se plantean ante la posibilidad que se brindaría a la mujer supérstite de engendrar adrede un hijo para que desplace a otros herederos o concurra con ellos y obtener, además la administración y usufructo de los bienes que heredan sus hijos hasta que estos se emancipen.

Para la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Moro M. (1988) la cuestión radica en que, mientras se utilizan los gametos del marido, el matrimonio ya se ha disuelto y podría hacerse una analogía con los supuestos de parejas no casadas. Pero tampoco hay una pareja, aproximándose entonces a la coyuntura de la familia monoparental, es decir de la mujer sola.

A primera vista, por la condición que debe reconocerse a los gametos y a su disposición, si el muerto no ha consentido previamente tácita o expresamente, parece que no podría llevarse a cabo. Los gametos sexuales no son cosas, ni derechos, no pueden ser objeto de herencia propiamente, ni de disposición sin autorización por otro que no sea el cedente.

El Tribunal de Créteil en Francia, en su sentencia de agosto de 1984 sentó un cierto precedente al conceder a la viuda la facultad de disponer del semen de su marido fallecido, quien había depositado su muestra seminal en un centro de fertilidad, en previsión de la esterilidad que podía causarle el tratamiento de su cáncer testicular y de alguna forma interpretó la voluntad tácita del donante.

En todo caso, es conveniente que una ley determine con exactitud estas cuestiones exigiendo, si se autoriza su práctica, la expresión de voluntad inequívoca del causante, elemento fundamental para la procreación con procedimientos artificial.

Como argumento fundamental para el recelo de esta práctica, Moro Almaraz esgrime el bien del hijo. Debido a que no puede ser positivo para nadie verse privado “a priori” de padre. No sirven ahora comparaciones con los hijos póstumos que nacen cuando el padre ha muerto, en la “fecundación post mortem” se están concibiendo sujetos después de muerto uno de los progenitores; en el primer caso la muerte sobreviene antes del nacimiento, sin que pudiera evitarse que el hijo no cuente en su desarrollo con la figura paterna en su educación.

Considera que sería aconsejable, que se limitara la proliferación de supuestos y en todo caso, que no se prolongara en el tiempo la fecundación para soslayar la inseguridad jurídica, si permanecen indeterminados los derechos hereditarios; estableciendo también que no se pretenda la concepción de más de un hijo.

Se debe tener presente que anteriormente sólo era posible referirnos a los hijos póstumos, es decir aquellos nacidos después de la muerte del padre. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y en especial el avance en la conservación del espermatozoides, han hecho realidad la concepción de un hijo cuando el progenitor ha muerto.

Siguiendo con la revisión de la doctrina comparada sobre el tema de análisis, encontramos que el profesor español de Derecho de Familia, Lledó F. (2000), tiene una opinión crítica frente a la admisibilidad legal de la fecundación humana post mortem, debido a que el legislador en este supuesto se aparta de cualquier finalidad terapéutica para el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino de realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras de la consecución de un interés personal, cercenando o restringiendo el derecho de aquél a acceder a una relación biparental y condenándolo a una relación monoparental, ya que lo que ocurre en la “fecundación post mortem” es que se condena al hijo a una orfandad deliberada.

Para los profesores argentinos de Derecho de Familia, Zannoni, E. y Bossert, G. (2000), el congelamiento de semen crea la posibilidad que, tras la muerte del marido, la esposa solicite ser fecundada con semen congelado de aquel. Ante el silencio actual de la legislación argentina, no creemos que podría negarse el derecho de la mujer a lograrlo, tampoco resulta posible sostener que se trata de un hecho ilícito, aunque pueda resultar cuestionable ya que no se respeta el interés del niño que nacería condenado de antemano a ser huérfano de padre.

Concretada dicha inseminación, no rige la presunción de paternidad, pues el hijo, salvo una inseminación practicada inmediatamente después del fallecimiento del marido, nacerá después de 300 días de la disolución del matrimonio. Pero, puede probarse en base a la comprobación de la inseminación y a las pruebas biológicas, que el niño es biológicamente hijo del marido muerto. De tal manera, que, en función de dicha prueba, que se deberá producir dentro de un juicio de reclamación de filiación, quedará establecido el vínculo de filiación entre el hijo y quien era el marido de la madre. Claro está que este hijo carecería de derechos hereditarios, ya que no existía al tiempo de la apertura de la sucesión.

Veamos ahora, cual es la posición sobre el tema de la profesora española de Derecho Constitucional, Gómez Sánchez, (1994), para ella la posibilidad de que una mujer sea fecundada con los gametos de su marido ya muerto, suscita una viva polémica. No son pocos los que, con distintos argumentos, rechazan frontalmente estas prácticas.

En general, la fecundación post mortem es rechazada por impedir el nacimiento del hijo en una estructura familiar tradicional, ya que por definición, en ella faltará el padre, incluso se argumenta que esta falta del padre vulnera las normas constitucionales.

Sin embargo, en la actualidad ella no cree que pueda defenderse, con argumentos jurídico constitucionales que la familia monoparental sea una estructura familiar imperfecta, incompleta, traumática o rechazable. Siempre ha defendido la constitucionalidad de distintos modelos familiares, entre los que se encuentran todos aquellos formados por un adulto y su descendencia, cualquiera que sea la circunstancia que motivó su generación.



Debemos tener presente que la Constitución española de 1978 establece literalmente en su Art. 39º numeral 3): “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

La posición de Gómez Sánchez, es que la constitución no está contemplando ningún específico modelo de familia (biparental o monoparental), sino que está sentando el principio mucho más general de que los adultos deben responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo. Para ella, este precepto constitucional representa y expresa el aspecto más conflictivo de igualdad de los hijos: el deber de asistencia de todos ellos con independencia de que nazcan o no de padres casados entre sí.

La redacción constitucional se refiere a los padres en sentido genérico, es decir, a los que asumen dicha responsabilidad, no hay porque concluir que se refiere al padre y a la madre en cada caso concreto. El precepto continúa, en el mismo sentido genérico, hablando de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

A su juicio pues, no hay inconstitucionalidad de la fecundación post mortem por violación del numeral 3 del Art. 39º de la Constitución española, ya que, por un lado, el término padres no puede ser interpretado en sentido estricto, sino como alusivo a los titulares de la patria potestad.

Con un criterio disímil, el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Vidal, J. (1998), sostiene que es muy difícil justificar esta técnica reproductora en el plano objetivo. Desde una óptica personalista, o si se exige cuando menos la existencia de un proyecto de vida para autorizar el recurso a las técnicas de reproducción asistida, entendidas como un medio de combatir la esterilidad, la lógica consecuencia será negar la “fecundación post mortem” por faltar el presupuesto de la pareja procreadora en los casos de separación de los miembros de la pareja o muerte de alguno de ellos.

En su opinión, la “fecundación post mortem” implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad como es la libertad de procrear, la cual está incluida en el derecho de formar una familia; que en cuanto tal, termina con la muerte del titular.

Por ello, la virtualidad del consentimiento prestado por un hombre para utilizar con fines de fecundación su espermia, no puede ser otra sino la enervación del ilícito que en otro caso supondría la utilización de sus fuerzas genéticas sin o contra su voluntad.

Sostiene Vidal Martínez, que los preceptos que la ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida dedica a la fecundación post mortem, plantean numerosas cuestiones dada la imprevisión del supuesto en su Código Civil, al tiempo que la medicación de las reglas generales descansa en el supuesto hipotético de que exista una voluntad del varón manifestada en forma indubitable. Cuando esa voluntad ha previsto reglas particulares para la sucesión mediante el testamento, parece razonable erigir esa voluntad en la ley de la sucesión, pero las dificultades aumentan cuando el varón fallecido se limitó a consentir la fecundación post mortem.

Asimismo, entiende que las analogías a efectos sucesorios entre los hijos concebidos mediante intercambio sexual o mediante TERAS, comienzan propiamente en el momento en que la mujer ha sido fecundada, mediante inseminación artificial o tras la implantación de embriones concebidos “in vitro”. Es sólo, cuando tal generación produce los efectos de la filiación matrimonial o no matrimonial, y si bien tales efectos serán los mismos una vez establecida la filiación, pueden

diferir atendiendo a la forma y tiempo en que la misma se haya determinado y a las previsiones sucesorias establecidas por el causante dentro de los límites de la ley.

Para la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, Cárcaba M. (1995), “la posibilidad de conservar el semen congelado por un largo tiempo plantea toda una problemática con un notable trasfondo moral y un claro reflejo en las diferentes posturas adoptadas por los juristas, muy variadas y con múltiples matizaciones”.

Se dice que con la “inseminación post mortem” se pretende un imposible, que es hacer revivir la muerte a través del nacimiento de un niño, a través del cual lo que se pretende en realidad es prolongar la vida de su padre. También se dice, que la “procreación post mortem” no interviene en interés del niño, sino en el de la viuda, muchas veces por un interés netamente económico, como es el de verse atribuida la sucesión del marido a través del hijo.

Refiere que para, Cárcaba Fernández, éste no sería un argumento de mucho peso, ya que la madre como representante, únicamente sería administradora de tales bienes. Ella considera que, aunque el interés económico puede existir, no es éste el motivo que en los casos conocidos ha impulsado a una mujer viuda, o a aquella mujer cuyo compañero ha muerto, a solicitar la “inseminación post mortem” con el semen del fallecido.

Una cosa es cierta, al admitir la “inseminación artificial post mortem” no siendo la mujer estéril, no nos encontramos ante una técnica practicada con finalidad terapéutica en sentido estricto, sino que estamos entrando en el campo de las procreaciones artificial de pura conveniencia: en el terreno de la procreación alternativa.

Desde un punto de vista ético, se estima que la “inseminación artificial post mortem” es ilícita porque deliberadamente se hace nacer a un niño huérfano, y si bien existen niños huérfanos, ello se debe a una situación inevitable y no buscada a propósito.

Aunque Cárcaba Fernández estima, que todo niño tenga dos padres y no considera grata la idea de ser engendrada por una persona fallecida, no ve claramente que en el 39.3 de la constitución española, se proteja el derecho de todo niño a tener padre y madre.

Ya que, en la expresión plural del citado artículo constitucional, no advierte ningún mandato de pluralidad, sino de dejar claro que tal obligación corresponde a quien de los dos progenitores existe, y si existen los dos, a ambos.

Para el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña, Lema C. (1999), “la doctrina española rechaza en su mayoría la utilización de la “inseminación artificial post mortem”. Dentro de los principales argumentos en los que se fundamenta este rechazo de los juristas españoles, podemos citar los siguientes:

- a) Se cuestiona su finalidad, ya que no puede darse tratamiento de esterilidad a una persona fallecida.
- b) Se está condenando al hijo a nacer huérfano.
- c) Se está instrumentalizando al hijo, para satisfacer intereses personales.

d) La decisión de que el semen sea utilizado con fines reproductivos, por tener carácter personalísimo, no puede tomarse para el futuro de forma irrevocable, sino que tiene que ser actual, en el momento en que la inseminación tenga lugar.

e) Podría producir inseguridad jurídica en las sucesiones mortis causa.

f) Se estaría contraviniendo el mandato constitucional que rige como criterio rector para los padres prestar asistencia en todo orden a sus hijos.

#### **2.4.10. LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.**

Las diversas posiciones en el derecho comparado con relación al “embarazo post mortem” Valverde Morante (2014):

##### **A) Gran Bretaña**

Cabe destacar, que el antecedente normativo de la Ley inglesa sobre Fertilización Humana y Embriología del año 1990, el conocido “Informe Warnock”, consideró en su recomendación número 60 lo siguiente:

Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño nacido por medio de una inseminación artificial realizada con semen del marido, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle o heredarle.

La ley inglesa de Fertilización Humana y Embriología aborda el tema en estudio en su Artículo 28.6: “Cuando el espermato de un hombre o cualquier embrión procedente de aquel fuera utilizado después de su muerte, el hombre no será considerado legalmente como padre del hijo que nazca”.

Es decir, para los ingleses el voluntarismo jurídico positivo se alza sobre la realidad biológica.

##### **B) Suecia.**

Su “Ley de Inseminación Artificial” publicada en el año 1985 establece literalmente lo siguiente:

- **Artículo 2.-** la inseminación debe llevarse a cabo únicamente si la mujer está casada o convive con un hombre en una situación análoga al matrimonio. Para la inseminación se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer conviva.

- **Artículo 7.-** Aquel que, por habitualidad, o con ánimo de lucro, realiza una inseminación en contradicción con esta ley, o que, cumpliendo los requisitos necesarios, proporcionase semen no adquirido por los medios indicados, será condenado a la pena de multa o de privación de libertad de un máximo de seis meses. Esta ley entra en vigor a partir del 01 de marzo de 1985. Es decir, en el derecho sueco, no se ha previsto legalmente el “embarazo post mortem”.

##### **C) Alemania**

La Alemana de Protección de Embriones del año 1990 tiene en su texto un artículo dedicado a la fecundación arbitraria, transferencia arbitraria de embriones y fecundación artificial después de la muerte:

- **Artículo 4.-** Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien:

1) Emprenda la fecundación artificial de un óvulo sin que la mujer cuyo óvulo es fecundado y el hombre cuyo espermatozoide es utilizado para la fecundación hayan consentido en ello.

2) Emprenda la transferencia de un óvulo a una mujer sin su consentimiento.

3) Fertilice artificialmente a sabiendas un óvulo con el semen de un hombre después de la muerte de éste.

Debemos tener presente, que la ley alemana tampoco permite la creación de embriones sobrantes, ya que igualmente castiga con pena privativa de la libertad de hasta tres años al que fecunde más óvulos de una mujer de los que vayan a serle transferidos.

Es decir, en la ley alemana no cabe el embarazo post mortem, ni por la vía de fecundar a la viuda con el espermatozoide de su difunto esposo, ni por la vía de implantarle un embrión que ya se hubiera creado en vida de ambos progenitores pero que, en ese momento, no se transfirió al clastro materno, sino que se hubiera congelado.

#### **D) Francia.**

En el derecho francés tampoco se permite el “embarazo post mortem”, de acuerdo a lo regulado por la Ley N.º 94-654 del 29 de Julio de 1994 relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal; que modificó su Código de la Salud Pública:

- **Artículo. 152.1.-** Por técnicas de reproducción asistida se entenderán las prácticas técnicas y biológicas que permitan la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la reproducción fuera del proceso natural.

- **Artículo. 52.2.-** Las técnicas de reproducción asistida estarán dirigidas a responder a las peticiones de descendencia de una pareja. Tendrán como objeto remediar la esterilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado. Asimismo, podrá tener como objetivo evitar la transmisión al niño de una enfermedad de especial gravedad.

El hombre y la mujer que formen la pareja deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación.

Es decir, el derecho francés restringe el ámbito personal de las técnicas de reproducción humana asistida a la “pareja”, por lo tanto, excluye legalmente la posibilidad de usar el “embarazo post mortem”.

#### **E) Italia**

Con fecha 24 de Febrero de 2004 se ha publicado la Ley N.º 40 “Normas en materia de fecundación asistida” donde se ha previsto que el recurso a las técnicas de fecundación asistida por médicos está consentido sólo cuando se haya comprobado la imposibilidad de remover de otra manera las causas que impiden la procreación y está circunscrita a los casos de esterilidad o de infertilidad inexplicable documentadas por acta médica, así como a los casos de esterilidad o de infertilidad por causa comprobada y certificada por acta médica.

Asimismo, la ley italiana señala en su Art. N.º 5 que pueden acceder a las técnicas de fecundación asistida por médicos las parejas mayores de edad de diferente sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos.

Cabe destacar, que el capítulo V de la ley italiana referida a las prohibiciones y sanciones dispone que cualquiera que de cualquier manera, violando el Art.5, aplica técnicas de reproducción humana asistida por médicos a parejas cuyos componentes no estén ambos vivos, o uno de cuyos componentes sea menor de edad o que estén compuestas por sujetos del mismo sexo o no casados, o no convivientes, es penado con la sanción administrativa pecuniaria de 200,000 a 400,000 euros y adicionalmente establece que el médico será suspendido de uno a tres años del ejercicio profesional.

Es importante señalar, que en la ley italiana queda consentida la crioconservación de los gametos masculinos y femeninos, previo consentimiento informado y por escrito. Sin embargo, prohíbe la crioconservación de embriones estableciendo que no se deben crear un número de embriones superior a aquel estrictamente necesario para un único y contemporáneo implante, y de todos modos no superior a tres.

Motivo por el cual, podemos establecer que para el derecho italiano no cabe la figura de la fecundación ni el embarazo “post mortem”, estableciendo fuertes sanciones económicas y suspensión del ejercicio profesional del médico que realizara la técnica.

## **F) España**

Cuenta dentro de su derecho positivo, con la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establece literalmente.

- **Artículo 9:**

a) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

c) El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49º de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

d) El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Al realizar el análisis de la normativa española, debemos decir que en ella si está justificado el término de “fecundación post mortem” y no “embarazo post mortem”. Esto debido a que el artículo citado no contempla la posibilidad de un trasplante al útero de la viuda, de un embrión proveniente del matrimonio, pero que fue en su momento criopreservado.

Además, permite establecer que ella se refiere al “material reproductor del marido” y a “fecundar a su mujer con aquel”. Es decir, la “ratio legis” de la norma está referida a la congelación previa del espermato del marido, descongelación posterior y fecundación final del óvulo de la viuda, ya sea “in vivo” o mediante una “Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria”; ya que ambas se encuentran comprendidas en la expresión “fecundar a su mujer”.

Entonces podemos determinar, que para el derecho español la regla general es que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Sin embargo, y en abierta contradicción a las normas europeas sobre la materia, establece una excepción cuando el marido consienta en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su viuda, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Es decir, la ley española, si permite la “fecundación post mortem” como excepción dentro de su derecho positivo, sin embargo, como hemos podido apreciar en los párrafos precedentes casi es unánime el rechazo de los propios juristas españoles a su utilización en la praxis.

#### **2.4.11. CASOS CLINICOS.**

Abellán y Sánchez (2009) presentan los siguientes casos clínicos en España.

##### **A. Contraposición de intereses entre la compañera y los padres del difunto.**

Un paciente enfermo de cáncer y que iba a ser sometido a quimioterapia, dejó depositada en una clínica de reproducción una muestra congelada de semen para poder utilizarla en un futuro, una vez concluido el tratamiento. Además de la autorización para la congelación de la muestra, el paciente firmó un apartado donde manifestaba su deseo de que dicha muestra pudiera ser utilizada por su actual pareja en caso de que él falleciera, y dentro de los plazos permitidos por la ley a tal efecto. Un año más tarde, el paciente fallece y sus padres se personan en el centro de reproducción para exigir que, de ninguna manera, el material biológico de su hijo se utilice con «esa señorita, que no es su pareja ni nada». Esta petición la justifican afirmando que ellos son los únicos herederos legales de su hijo, y que, por tanto, entienden que también lo son de su muestra biológica congelada.

##### **Comentario y análisis del caso.**

Como se ha dicho al principio de este capítulo, la fecundación post mortem está contemplada en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se establece que el marido o varón no unido por vínculo matrimonial podrá prestar su conformidad en el documento de consentimiento informado de las técnicas, en escritura pública, en testamento o en documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer o pareja. En el presente caso, nos encontramos con que el varón dispuso en el consentimiento informado esta posibilidad a favor de una mujer determinada, aunque no se aclara en el caso clínico, entendemos que el nombre de la mujer en cuestión fue designado en el documento, o le consta claramente al centro, lo que presume desde luego que se trataba de su compañera sentimental. En consecuencia, se cumple el mencionado requisito de la ley para que la citada mujer pueda utilizar ahora la muestra para su fecundación dentro del plazo citado. La postura de los padres del paciente en esta materia, pudiendo ser comprensible moralmente si su relación no era buena con la compañera de su hijo y por las consecuencias hereditarias que acarrearía

la fecundación en caso de producirse descendencia, no puede prevalecer sobre lo dispuesto por este último. A este respecto, no puede aceptarse ningún derecho de herencia sobre la muestra de semen que les permita decidir ahora su destino, ya que los gametos no son objeto de herencia y su utilización con fines procreativos se rige por la ley de reproducción asistida y no por las normas sucesorias.

#### **B. Destino de los embriones sobrantes de una fecundación post mortem.**

Un paciente que padecía cáncer e iba a ser tratado con quimioterapia, decidió congelar una muestra de su semen con la finalidad de preservar su fertilidad en el futuro. Desgraciadamente, no consiguió superar la enfermedad y entró en fase terminal. En esa situación, su novia manifiesta querer, una vez que el paciente fallezca, tener un hijo suyo mediante una FIV utilizando la muestra de semen ya congelada. Él está de acuerdo y firman los protocolos necesarios para que se realice la futura FIV. La ley indica que la transferencia post mortem de embriones no se puede realizar transcurridos más de doce meses desde el fallecimiento, por lo que la pareja plantea sus dudas sobre cómo y quién decide el destino de los embriones congelados que puedan quedar sobrantes si la mujer, por las razones que sea, no puede utilizarlos dentro del plazo previsto.

#### **Comentario y análisis del caso.**

La Ley de reproducción asistida no establece una previsión expresa sobre el destino de los embriones sobrantes procedente de una fecundación post mortem, o que ya no se puedan utilizar para este fin por haberse sobrepasado el plazo de doce meses desde el fallecimiento. Por esta razón, consideramos que los criterios para dilucidar esta cuestión no pueden ser otros que los generales sobre esta materia relativos al destino de los embriones sobrantes excluyendo lógicamente el uso por la viuda o compañera sentimental, que ya han sido profusamente tratados en el capítulo quinto de esta obra. De esta manera, si la novia del varón fallecido no pudiera utilizarlos para su propia reproducción, por dejar transcurrir los doce meses de plazo que prevé la ley, sus posibilidades de decisión a partir de ese instante en relación con los embriones congelados quedarían circunscritas a la donación a otras parejas, a su cesión para la investigación o a su destrucción, en este último caso sin necesidad de tener que esperar a que dejara de reunir las condiciones clínicas adecuadas para que se le realizara la técnica reproductiva. Por último, el supuesto de la FIV para fecundación post mortem, en el que hay una limitación temporal para la transferencia de los embriones, conlleva una clara obligación de reducir su creación al máximo, dando lugar a los imprescindibles para los ciclos que de forma lógica pudieran tener lugar dentro del plazo fijado por la norma. Lo contrario, a nuestro modo de ver, conduciría a incurrir en la infracción grave prevista en el texto legal de reproducción asistida, consistente en generar un número de embriones superior al necesario, conforme a los criterios clínicos, «para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso», que aquí es el específico de la fecundación post mortem.

#### **C. Posibilidad de utilizar el material genético del varón fallecido sin determinar la filiación paterna correspondiente.**

Una mujer acude al centro de reproducción para pedir que se le realice una Inseminación Artificial con la muestra congelada de semen de su marido. Este último falleció hace unos meses como consecuencia del cáncer que padecía. En su momento, el marido autorizó la congelación de la muestra para preservar su fertilidad, puesto que iba a recibir tratamiento con quimioterapia, pero en ningún instante firmó su consentimiento expreso (ni en escritura pública, ni en su testamento) para que la muestra pudiera ser utilizada por su mujer en caso de que él falleciera. Su mujer entiende que esa autorización sólo es necesaria para determinar la filiación del futuro niño como hijo de su marido, y no para permitir la inseminación en sí, por lo cual está dispuesta a asumir que su descendiente conste como de ella solamente y no del matrimonio, ya que considera que lo más importante es saber que también es de él.

## Comentario y análisis del caso

Tal y como se ha comentado más arriba, la Ley de reproducción asistida establece, con carácter general, que para que pueda determinarse legalmente la filiación entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el padre fallecido, el material reproductor de este último debe hallarse, a la fecha de su muerte, en el útero de la mujer. No obstante, la citada ley recoge una excepción a la situación comentada, consistente en que el marido hubiera autorizado, en el consentimiento informado de las técnicas, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, que su material reproductor pudiera ser utilizado, en los doce meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. La filiación del hijo que naciera de esta forma sería también matrimonial. A tenor de este último precepto, resulta claro que el varón, cuando menos, debe consentir por escrito la posibilidad de que su esposa sea inseminada con sus gametos con posterioridad a su fallecimiento, o que le sean transferidos a esta última los embriones generados conjuntamente, con el fin de tener un hijo póstumo. Se trata, en definitiva, de la exigencia de un consentimiento de naturaleza personalísima y formal, que sólo puede prestar el marido antes de fallecer y que no puede ser suplido por manifestaciones de los parientes más próximos ni con una autorización judicial. Sólo cuando se dispone de una autorización expresa del marido en el sentido indicado, de la que los centros deben exigir una copia a la usuaria (salvo que ya les conste directamente por estar incluida en el formulario de consentimiento informado), es posible acceder a la transferencia de los embriones (o a la utilización de los gametos del difunto) dentro del plazo legal indicado más arriba. Una vez conseguido, en su caso, el embarazo y llegado a término el mismo, el documento de consentimiento del esposo constituirá el título legal válido para que su viuda pueda iniciar los trámites de reconocimiento de la filiación paterna matrimonial del hijo ante el Registro Civil.

Así pues, en relación con el caso clínico planteado, puede afirmarse que, con arreglo a la normativa y jurisprudencia estudiada, no puede considerarse válido, a efectos de la conformación de la voluntad de tener un hijo póstumo, el consentimiento que otorgó el marido para la mera extracción de su muestra de semen, antes de las sesiones de quimioterapia. Aunque es evidente que la citada muestra se le extrajo para asegurarse su fertilidad en el futuro y poder tener un hijo, resultaría muy difícil que un Juzgado considerara que lo anterior incluye también, como si tal cosa, el hecho de que aquél quería tener descendencia después del fallecimiento. Para esto último, como se ha visto en este capítulo, las resoluciones judiciales conocidas hasta la fecha vienen exigiendo de forma casi unánime que se acredite un consentimiento específico en dicho sentido. En cuanto a la cuestión de que las normas sobre esta materia, contenidas en la Ley de reproducción asistida, afecten únicamente a la determinación de la filiación del hijo y no condicionen la utilización de la muestra en sí, hemos de remitirnos al estudio jurídico sobre el particular realizado al principio de este capítulo. Pero, además, debe decirse que la Audiencia Provincial de La Coruña, en el Auto a que se ha hecho alusión más arriba, aclaró ya esa circunstancia afirmando que el consentimiento específico del marido fallecido es indispensable para utilizar sus muestras de semen, descartando expresamente el planteamiento de la desvinculación con el aspecto de la filiación. Como manifestó el citado Tribunal, si se aceptase separar una cosa de otra podría llegarse al absurdo de que se utilizara el semen del difunto incluso constanding su oposición para ello (se le convertiría así en un donante forzoso). Por otro lado, dicho planteamiento chocaría además con la exigencia del anonimato en la donación de gametos, requerido en la ley de reproducción asistida.



## **2.5. HIPÓTESIS**

La hipótesis constituye una de las formas por medio de la cual se manifiesta el progreso del conocimiento científico, y por su intermedio se permite que la investigación científica se lleve a cabo en forma ordenada, conduciéndonos al descubrimiento de las leyes de la naturaleza y de la sociedad. En el ámbito de las ciencias jurídicas, no puede investigarse al azar. En consecuencia, en forma provisional debe enfocarse el problema formulándose algunas hipótesis que traten de describir y explicar la realidad de los hechos que se pretenden estudiar. Para el presente trabajo de investigación nos planteamos la siguiente hipótesis:

### **2.5.1. Hipótesis General:**

El consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, sería determinante en la filiación matrimonial, de lo contrario se vulnerarían los derechos como: a tener una familia, derechos reproductivos de la madre biológica y derechos sucesorios.

### **2.5.2. Hipótesis Específicas.**

La formalidad del consentimiento paterno, debería constar en documento legal en el cual se establezca la utilización de los gametos en caso de su muerte.

## CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

### 3.1. ENFOQUE Y DISEÑO.

La presente tesis es de carácter cualitativo, porque tiene como fin explicar los motivos que hacen necesaria la regulación del consentimiento del padre; en el caso de que la esposa autorice la utilización de los gametos criopreservados después de su muerte. Con la finalidad de llenar el vacío legal que existe en las técnicas de reproducción post mortem

El diseño de investigación es cualitativo y Documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos a obtener de una fuente de información internacional en sí de sus artículos relacionadas al tema de investigación.

El diseño de investigación es cualitativo y Documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos a obtener de una fuente de información como es el proyecto de ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, y de una fuente de información internacional en sí de sus artículos relacionadas al tema de investigación.

### 3.2. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

a) **Método Deductivo**, toda vez que se partirá de los supuestos de afectación a los derechos de filiación y sucesorios del menor, en el caso de fecundación artificial post mortem; debido a la falta de regulación sobre el consentimiento paterno, llegando a plantear la propuesta de regulación a efecto de eliminar estas deficiencias de la normativa vigente en nuestro país.

b) **Descriptivo**, ya que se buscará y analizará la información recolectada, la cual permitirá desarrollar lo relacionado con la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú, con la finalidad de establecer regulación del consentimiento paterno dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, para que se pueda extender, y ser utilizado en las técnicas de reproducción asistida post mortem, la cual contribuirá a la prevención de futuros problemas legales. Además, esta investigación se basará en un Diseño Documental, el cual consiste en un proceso basado en la búsqueda, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales como son: impresos o electrónicas.

c) **Método inductivo**, a través del cual se analizará jurisprudencia, legislación internacional y diversas opiniones emitidas relacionadas con el consentimiento del padre en las técnicas de reproducción asistida y a la filiación matrimonial, en los casos de fecundación humana asistida pos mortem, a fin de poder validar los alcances del consentimiento de padre que fue otorgado para la criopreservación de sus gametos. Con el fin de conocer el criterio utilizado y los mecanismos judiciales en el Derecho comparado, empleados para solucionar conflictos entre los derechos intrínsecos del niño y los derechos de la madre biológica.

d) **Método analítico**; a través del cual se podrá identificar las principales dificultades para la determinación de paternidad matrimonial en los supuestos en que la fecundación se realiza después de la muerte del padre biológico. Ante la falta de regulación de este supuesto, analizaré si es posible regular el consentimiento paterno en los casos de fecundación artificial post mortem, lo que permitirá plantear propuestas de aplicación en estos casos.

e) **Método Histórico**; por medio del cual se efectuará una breve referencia respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, desde sus inicios y diferentes etapas en la normatividad extranjera, a través de sus fuentes,

para poder determinar las características que tuvo en su época primigenia hasta la actualidad, esto es su trayectoria en los diferentes periodos de la historia y de esta manera conocer la manera cómo ha evolucionado, pues la norma se haya sujeta a los cambios que reclama la evolución social.

**f) Método Dogmático;** para la elaboración del presente trabajo se utilizará la doctrina jurídica relacionada a la filiación, consentimiento, derechos sucesorios, según la Constitución Política, el Código Civil y la Declaración Universal de los Derechos del Niño, para de esta manera dar respuesta al problema planteado. Se efectuará una actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación...), en mérito a la doctrina de los más destacados autores nacionales e internacionales, las principales expresiones jurisprudenciales con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

El procedimiento utilizado en la presente investigación es el de Análisis documental – bibliográfico; a fin de fundamentar científicamente nuestra investigación, se hará uso de libros, informes, jurisprudencia, periódicos, revistas y publicaciones.

### **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.**

La técnica a emplearse en la presente investigación, será aquella que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, por lo que se empleará lo siguiente:

1. **Fichaje:** A través del Fichaje Bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre Proceso de Filiación de Paternidad matrimonial, asimismo sobre la aplicación de la técnica de reproducción asistida post mortem, sus críticas y defensas, llegando a tener una postura respecto a la investigación.

2. **Recolección y Análisis de datos:** Por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.

La información que se recopilará se procesará de acuerdo a los logros obtenidos mediante las técnicas, fuentes e instrumentos empleados para la recolección de la información. Asimismo, los datos obtenidos se analizarán detalladamente con la finalidad de dar validez a la hipótesis planteada.

### 3.4. ASPECTOS ETICOS

UNP-VRI-OCIN-DJ-N°... /2019

## DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **GEISSLER MILAGROS GAONA JIMÉNEZ** identificada con DNI N°48431189, en la condición de Egresada, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en **CONSUELO DE VELASCO MZ "O" Lote 38 Calle los Jazmines**, Distrito de Veintiséis de Octubre, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **943645263**, Email: [geissler27@outlook.com](mailto:geissler27@outlook.com).

### Título

**"LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DEREPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ"**

**DECLARO BAJO JURAMENTO:** que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura, 29 junio del 2019

DNI N°48431189

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

## CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS

La presente investigación se justificó por cuanto se trató de determinar si es viable que el consentimiento otorgado por el esposo para la crioconservación de sus gametos; se puede extender incluso después de su muerte, haciendo posible que la esposa pueda autorizar la fecundación post mortem. El tema del consentimiento paterno, para la aplicación de la técnica post mortem no se encuentra regulado en la legislación peruana; no contamos con norma que estipule como actuar frente a este caso, existiendo un vacío legal, por ello es relevante la regulación de esta figura, ya que determinará si la filiación matrimonial se debe extender en el caso de aquellos menores que nacen después del plazo que cubre la presunción matrimonial, ya que cuentan con consentimiento expreso del padre para la fecundación incluso después de su muerte.

Siendo de suma importancia señalar el plazo, para aplicar la técnica de fecundación post mortem, el mismo que deberá constar en el documento en que da su consentimiento.

En consecuencia, se determina la necesidad de regular en la legislación peruana el consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem; ya que la presente investigación es de trascendencia en nuestro ámbito social, teniendo como beneficiarios a los menores nacidos mediante la técnica post mortem, la madre del menor, los padres del fallecido e hijos extramatrimoniales, así como los operadores jurídicos; para que puedan dar solución a los futuros problemas que se presenten a raíz del uso constante en la actualidad de la crioconservación de gametos en los bancos especializados, en nuestro país.

Después de haber desarrollado los capítulos precedentes, en el presente capítulo se analizará y se demostrará la hipótesis de la investigación.

### 4.1. PROBANZA JURIDICO SOCIAL-DOCTRINAL

Para la presente investigación analizaremos y determinaremos:

**Primero: Debe regularse el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem en el Perú.**

La técnica de reproducción humana asistida Post Mortem, se encuentra regulada en el derecho comparado. En Perú no contamos con regulación, es pertinente resaltar que por ello se plantea una Propuesta Legislativa de Regulación del Consentimiento Paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem; así como también una Reforma del Código Civil en su texto con un capítulo referido a la “Filiación Matrimonial Post Mortem”.

En nuestro país la cantidad de Clínicas de Reproducción Humana Asistida cada vez se incrementa, las cuales funcionan actualmente sin parámetros legales. Por tal motivo, considero que nuestro Código Civil debería permitir la “Técnica de Reproducción Humana Asistida Post Mortem”, pues la verdadera naturaleza de las TERAS, está dirigida a combatir la esterilidad humana. Nuestra legislación peruana solo cuenta con la Ley General de Salud N°26842, **Artículo 7<sup>o</sup>**<sup>5</sup>. Esta no podría ayudar a los legisladores a resolver los problemas que se desencadenan de la técnica post mortem, por ello es que debemos contar con regulación especial, que proteja los derechos de los usuarios.

---

<sup>5</sup> Ley general de la Salud Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

En cuanto a la procreación post mortem VIZENCI (2005) opina que del mismo modo el derecho a la reproducción de la mujer es una de las manifestaciones del derecho a la salud y el derecho a procrear como derecho a fundar una familia, cuando uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia

Mi opinión respecto de la procreación post mortem, es que se le debe dar la facilidad a la pretensión de la esposa de «ser madre» ya que no puede prohibírsele su uso, debido a que el derecho constitucional reconoce el derecho a tener una familia.

Según MARTINEZ DE AGUIRRE, CONTRERAS, & M.A afirma que se le reconozca al menor la filiación matrimonial, en razón de que sus progenitores estaban unidos por el vínculo del matrimonio. A ello le agregamos la existencia del consentimiento que fue otorgado en vida por el padre, para que en caso de su muerte la madre podría continuar con el procedimiento, sin importar el plazo en que lo dese tener. Podemos corroborar que la filiación matrimonial post mortem se basada en la voluntad de asumir la paternidad procreacional, por lo que la relación filial se genera entre el concebido y los progenitores.

El Código Civil Peruano establece que tanto la paternidad como la maternidad matrimonial, pueden ser establecidas de dos maneras, por el reconocimiento voluntario o por la investigación judicial, sin embargo a los efectos de que ese hijo nacido bajo esta técnica sea considerado matrimonial debe realizarse la fecundación después de doce meses del deceso del marido, en ese caso el plazo consignado en el proyecto terminaría modificando el artículo 361 del Código Civil, cuando señala que se considera matrimonial al hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio, sin embargo repárese que la propuesta igualmente posibilitaría la sucesión del hijo nacido bajo este método, pues se le otorga la calidad de hijo matrimonial.

En cuanto a los derechos sucesorios de los nacidos mediante esta técnica, puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación matrimonial post mortem del hijo respecto al padre muerto. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios. No se precisa, que los terceros pueden verse perjudicados por el nacimiento del menor: por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de un plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer.

Es indispensable añadir que en el supuesto caso de colisión entre el derecho a conocer a sus padres del menor concebido por la técnica post mortem y el derecho a la reproducción de la mujer, que son materia de investigación, se debe tener en cuenta que en caso de colisión debemos hacer un balance y, si no es posible armonizar los derechos en cuestión, existirá una prevalencia de un derecho en relación con los demás.

En atención a este importante derecho y fundamental y en aplicación del Interés Superior del Niño, que está sobre la base de todos los demás derechos, resulta necesaria la regulación del consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem.; pudiéndose tener como determinante el consentimiento paterno para determinar la filiación matrimonial post mortem. La existencia de esta técnica el ordenamiento jurídico peruano implica, a su vez, el reconocimiento de una nueva forma de aplicar el Derecho: la Filiación Post Mortem. Ya que estará en juego derechos fundamentales del menor, siendo así el Estado quien debe garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales antes mencionados.

## **Segundo: Criterios de formalidad en que se debe otorgar el consentimiento del padre, para determinar los alcances en la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem.**

En la Ley española Sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006 Inc. 3ª La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquélla” Es importante destacar que, en el caso de fecundación asistida post mortem, debe existir el consentimiento por escrito del que fuera el marido, de lo contrario esta técnica no podría realizarse.

La formalidad es el requisito exigidos por ley en un acto o contrato. Asimismo, para la realización del acto se requiere de la voluntad del sujeto y la exteriorización del mismo en documento, ya que las partes contratantes necesitan observar dicha forma.

Según RODRIGUEZ GUITAN (2015) El legislador español exige, de forma expresa, para la admisión de esta técnica dos requisitos: el consentimiento del varón fallecido a dicha inseminación con su material reproductor y el plazo de tiempo establecido para la utilización de tal material. Tal y como está regulado el art. 9 LTRHA 2006, el consentimiento del marido fallecido tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que con él se insemine a la mujer *post mortem*. Del tenor literal del precepto se infiere que el consentimiento ha de tener una serie de características: ha de ser específico para la inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable.

Se plantea que el consentimiento por el marido para la utilización del esperma, sea de modo específico para que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a los problemas que puede ocasionar dicho consentimiento al no estar expresamente; es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte. El dilema estaría, por una parte, en el nacimiento del menor que no va a poder conocer a su padre desde el inicio de su vida, por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido);

Debe consentirse la inseminación de su esposa en concreto, y el tiempo de 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa.

Se debe requerir que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya crioconservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación *post mortem*.

Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear a futuro, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, siendo la prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte. Únicamente en este supuesto se va a poder acceder a la técnica de fecundación asistida post mortem.

El consentimiento ha de ser formal en que el fallecido puede manifestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*, esto es, la escritura pública y el testamento, añade dos documentos privados, el de instrucciones previas. Si se señala que la pareja es casada, debe constar el consentimiento de ambos. Siendo así se llevará a cabo en un formulario de consentimiento informado, en el que manifiesta de forma anticipada su voluntad procreacional y el reconocimiento de la filiación matrimonial.

Se debe permitir la inseminación artificial *post mortem* siempre que concurra el consentimiento del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo,

en la regulación de la transferencia de preembriones sólo se alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Se debe regular el consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem en el Perú; ya que es un desafío para el ordenamiento jurídico peruano; siendo que existe un vacío legal, en cuanto a los derechos reproductivos de la madre, derecho de identidad y derechos sucesorios, además los requisitos de validez del consentimiento otorgado por los progenitores.

**SEGUNDA.** - La crioconservación de gametos sexuales masculinos, da lugar a hacer uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida post mortem con aquellos gametos del esposo muerto; en Perú no contamos con normatividad que permita poder determinar la filiación post mortem. Ya que en el artículo 375 del Código Civil, los supuestos establecidos no son aplicados para reconocer la filiación al menor nacido mediante esta técnica.

**TERCERA.** - En cuanto a la determinación de la filiación post mortem la legislación comparada y jurisprudencia internacional afirma que es de suma importancia el consentimiento que otorga el esposo. El cual debe contener expresamente la manifestación de la voluntad respecto a la utilización de sus gametos, incluso el reconocimiento en vida como hijo.

**CUARTA.** - Por seguridad jurídica es necesaria la regulación de la formalidad del consentimiento paterno, y para su validez este debe ser otorgado mediante escritura pública o testamento, el tiempo para poder realizar la fecundación será hasta 12 meses después de haber fallecido el esposo, generándose los efectos legales en la filiación matrimonial, lo que significa que el menor al nacer se le reconocerá como hijo matrimonial y a su vez el derecho a heredar.

**QUINTA.** - Los nacidos mediante esta técnica de fecundación post mortem carecen de seguridad jurídica, ya que no se ha institucionalizado a favor de los menores el derecho a la filiación y los derechos sucesorios; de la misma manera los derechos reproductivos de la madre.

## RECOMENDACIONES

- A los Legisladores, para que, en atención a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, regule las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem aborden la cual establezca los requisitos del consentimiento y el plazo que será el determinante para llevar a cabo la fecundación, es importante señalar que se puede incluir dentro del artículo 375 del Código Civil Peruano el reconocimiento a al derecho de filiación matrimonial del niño concebido por medio de esta técnica post mortem.
- La reforma del Código Civil Peruano, que se debe incluir la filiación matrimonial y la sucesión al concebido post mortem, menores que son concebidos mediante procesos artificiales con material genético del padre fallecido; siendo que estos menores no se les reconoce el derecho de sucesión de su padre biológico, porque no tenía la calidad de persona al momento de la muerte del padre; con la inclusión de esta excepción se garantizaría el reconocimiento de su derecho, y se garantiza la seguridad jurídica al sistema, con el establecimiento previo de esta norma.
- A los Jueces del Perú, para que apliquen justicia de acuerdo con los avances de la ciencia y de la sociedad, dado que la técnica de reproducción humana asistida no es tan ajena a nuestra realidad, por cuanto como podemos apreciar pueden existir vacíos normativos, pero ello no quiere decir que se abstengan de impartir justicia, para ello están los principios constitucionales del derecho o en el último escaño el derecho consuetudinario.
- A los Abogados, para que propongan alternativas que contribuyan en la efectiva administración de justicia, ya que el abogado es un principal operador del derecho.
- A los usuarios de estas técnicas, para que en atención a las corrientes sociales actuales busquen el reconocimiento de sus derechos.

# **PROPUESTA**

## **PROYECTO DE LEY N° ....**

### **PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.**

En calidad de ciudadana peruana ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa, conforme a la parte in fine del Artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 75° y 76° inciso 3) Del Reglamento del Congreso, proponemos el siguiente proyecto de Ley:

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:**

El presente proyecto de Ley tiene por objeto permitir el acceso a las mujeres que sufren de infertilidad a técnicas de reproducción humana asistida a través de la técnica de reproducción humana asistida post mortem. Así como, reconocer la filiación matrimonial de los concebidos mediante esta técnica y, por lo tanto, formen parte de la sucesión del causante.

Actualmente, no se cuenta con una norma que considere como una de las técnicas de reproducción humana asistida a la técnica post mortem, lo que genera vacíos legales en cuanto a la afectación de los derechos del menor concebido mediante esta técnica, los derechos reproductivos de la madre, y derechos sucesorios de terceros.

Al respecto, el artículo 6° de la Constitución Política del Perú establece que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Igualmente, reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En este sentido, se reconoce el derecho a elegir libremente sobre la posibilidad de la procreación, esto es, las parejas tienen el derecho de decidir cuántos, cuándo y con qué frecuencia tendrán hijos, consagrándose implícitamente los derechos reproductivos. Igualmente, el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud establece que "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. (. . .)". La Ley General de Salud reconoce de esta forma el derecho a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Por lo que se debe incorporar en las TERAS a la técnica de reproducción humana asistida post mortem, ya que permitirá que el consentimiento paterno otorgado para la crioconservación de su semen pueda extenderse en caso de muerte de este, para la fecundación posterior a su muerte. Reconociéndose para el menor la filiación matrimonial.

En nuestro país existen aproximadamente entre 1 millón y un millón 500 mil parejas que tienen problemas de infertilidad. De lo que se advierte que la demanda de personas con infertilidad que consultan y reciben tratamiento por infertilidad ha crecido en los últimos años, siendo la posibilidad muy elevada de que se pueda hacer uso de esta técnica, ya que lo que no está prohibido tampoco está permitido.

## Legislación comparada

España ha regulado las técnicas de reproducción asistida para atender la infertilidad y el acceso a la técnica de reproducción humana asistida post mortem, como se detalla a continuación:

País	Norma	Observación
España	Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	En caso excepcional el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
		El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.
		La legislación española si permite la “fecundación post mortem” como excepción dentro de su derecho positivo.

## CONTENIDO DE LA PROPUESTA

Mediante el presente proyecto de ley se propone garantizar el acceso a técnicas de reproducción humana asistida post mortem, así como otorgar posibilidades de solución a los problemas de infertilidad a las mujeres viudas, necesarios para el fin de la procreación humana. Existen diversas causas que impiden o dificultan la reproducción normal, como la infertilidad en hombres y mujeres, por ello se pretende promover el uso de técnicas de reproducción asistida a fin de facilitar el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural debido a problemas de fertilidad, es decir, mediante procedimientos que sustituyen el proceso natural de la reproducción. Según la OMS, las Técnicas de Reproducción Asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, según el Glosario de Terminología de Reproducción Asistida". documento que se ha tomado en cuenta para establecer ciertas definiciones aceptadas internacionalmente relacionadas a la reproducción asistida. Al respecto, debe precisarse que se ha considerado en la presente ley como técnicas de baja complejidad: la inseminación asistida (inseminación artificial) homóloga o heteróloga, las relaciones sexuales dirigidas y la estimulación ovárica. De alta complejidad: la fecundación in vitro con óvulos propios o donados, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia intratubarica de gametos, la transferencia intratubarica de embriones, entre otros.

Para ello se plantea que los beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida serán mayores de edad, casados, presenten algún grado de infertilidad y cuenten con consentimiento informado de forma expresa, en la cual conste la autorización para la fecundación de su espermia criopreservado en el vientre de su esposa, teniéndose a la voluntad otorgada, como un reconocimiento de la filiación matrimonial. Para poder hacer uso de esta técnica es necesario que: (i) la mujer no sea mayor de 40 años, ello debido a que tienen un 50% de tasa de fertilidad, bajas de éxito de embarazo

y riesgo a abortos espontáneos mayores que en las mujeres jóvenes, (ii) Si bien en el Perú no está prohibida tampoco está permitida, lo que genera un vacío legal.

En el caso de la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se remite su determinación a las normas civiles correspondientes.

Por tal motivo, se plantea modificar el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, y establecer que se puede ejercitar el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida post mortem, en caso el esposo muera, la esposa podrá continuar con el tratamiento, para la cual deberá contar con el consentimiento expreso en el que se autoriza la fecundación posterior a la muerte del esposo. Con esta regulación estará protegida la filiación matrimonial, para aquellos menores, que fueron fecundados después de la muerte de su padre, incluso fuera del tiempo establecido de presunción de paternidad matrimonial.

Por lo expuesto, es necesario modificar el marco legal existente con el objeto de contar con una legislación que regule el alcance, los requisitos y condiciones para el acceso de las técnicas de reproducción asistida post mortem, debido que, al no contarse con una legislación detallada en técnicas de reproducción asistida, no existe ningún tipo de seguridad para la esposa del fallecido a la hora de llevar a cabo estos procedimientos post mortem.

#### **EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL:**

La presente iniciativa de ley no es contraria a otras leyes de la materia y menos aún con la Constitución Política del Perú, por cuanto su finalidad expresa es garantizar el acceso a técnicas de reproducción humana asistida post mortem, con el fin de otorgar posibilidades de solución a los problemas de esterilidad de la mujer viuda, necesarios para el fin de la procreación humana. Por el contrario, permite a que el Estado cumpla con el deber de brindar las condiciones necesarias para que la mujer viuda infértil pueda acceder a sus derechos reproductivos siendo la solución para los problemas de infertilidad mediante la técnica de reproducción humana asistida post mortem, sin que ello contravenga o colisione con alguna otra norma del orden jurídico establecido.

#### **ANALISIS COSTO – BENEFICIO:**

El proyecto de ley que se propone no genera gasto alguno para el estado peruano, por el contrario, el proyecto debe ser considerado viable, debido a que brinda posibilidades de procreación a las mujeres viudas, las mismas que cuentan con un consentimiento otorgado en vida por su marido para que en caso de muerte del mismo pueda fecundar con su materia genético crioconservado. El deber del Estado es garantizar que se respeten los derechos reproductivos de la madre y los derechos del menor.

#### **VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa se enmarca dentro de las siguientes Políticas de Estado aprobadas por el Acuerdo Nacional": Política de Estado N°16 sobre la "Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud", que tiene como fin fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas.

#### **FORMULA GENERAL:**

Por cuanto el Congreso de la Republica

Ha dado la siguiente Ley:

## **LEY QUE PROPONE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM**

### **Artículo 1º. - Objeto de la ley**

La presente ley tiene por objeto reconocer como técnica de reproducción humana asistida a la técnica de fecundación asistida post mortem en nuestro país; asimismo, establecer la formalidad del consentimiento paterno y las situaciones especiales en las que se deben aplicar.

### **Artículo 2º. – Definiciones**

Para efectos de la presente ley, se entiende por:

- a) Criopreservación: la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal.
- b) Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.
- c) Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

**Artículo 3º.** – Ámbito de aplicación será para toda mujer casada, que presente algún grado de infertilidad diagnosticada, tendrá derecho a recurrir a su tratamiento, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida post mortem, regulada y autorizadas por el Ministerio de Salud en los términos previstos en la presente Ley.

### **Artículo 4º. - Beneficiarios**

4.1 Toda mujer viuda, que presente algún grado de infertilidad que haga aconsejable el uso de técnicas de reproducción humana asistida post mortem con fines de procreación y exprese consentimiento informado, libre, consciente, tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse el inicio de la inseminación.

4.2 Las beneficiarias de este procedimiento deberán someterse a una evaluación médica y psicológica en los centros o servicios de salud públicos o privados correspondientes.

### **Artículo 5º. - Del consentimiento informado**

Las técnicas de reproducción humana asistida post mortem sólo pueden practicarse, previo consentimiento informado del esposo muerto.

### **Artículo 6º. Crioconservación de gametos del esposo muerto.**

Los gametos crioconservados con fines únicamente reproductivos, previo consentimiento expreso e informado del interesado, en los bancos de gametos, se autorizarán para los siguientes fines:

- a. La autorización para que su esposa pueda utilizar sus gametos incluso después de su muerte.
- b. La donación con fines reproductivos.

Se prohíbe la comercialización gametos crioconservados.

## **Artículo 7°. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida**

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida post mortem se regulará por las leyes civiles correspondientes.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

#### **Primera. -**

Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud. Modificase el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, con los siguientes términos: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, aun cuando la condición de madre genética y de madre gestante no recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida post mortem, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

#### **Segunda. -** Incorpórese el artículo 375°-B al Código Civil, con los siguientes términos:

Se reconoce la filiación matrimonial post mortem, siempre y cuando conste en el contrato de crioconservación de gametos la autorización para que la esposa pueda acceder al tratamiento de técnica de reproducción humana asistida post mortem, incluso en cualquier momento después de su muerte. El mismo, afirma que se deberá considerar como hijo suyo.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

#### **PRIMERA. - Autoridad Competente**

El Ministerio de Salud es la autoridad nacional competente encargada de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley, así como de garantizar el derecho al acceso libre, informado, seguro e igualitario de los beneficiarios a las técnicas reguladas por la presente ley.

#### **SEGUNDA. Campañas de difusión y comunicación**

El Ministerio de Salud realizará campañas de comunicación, difusión y publicidad sobre las técnicas de reproducción humana asistida post mortem a fin de facilitar el acceso de la población a las mismas y proporcionará formación y capacitación sobre los alcances de la presente ley. Igualmente, publicará la lista de los centros de salud públicos y privados distribuidos en el territorio nacional que ofrecen la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem

#### **TERCERA. Nuevas técnicas de reproducción humana asistida post mortem**

Se ha incluido este nuevo procedimiento mediante avances técnico científicos, previa autorización del Ministerio de Salud.

**CUARTA:** Deróguese o déjese sin efecto, según corresponda, las normas que se opongan al contenido de la presente Ley.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACUÑA NÚÑEZ, R. (2018). *Proyecto de Ley " Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida"*. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Lima: Congreso de la República.
- AGUILAR LLANOS, B. (2013). *La Filiación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- AGUILAR LLANOS, B. (2016). *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA* (Primera Edición ed.). LIMA: LEX Y IURIS.
- ALONSO, S. (1999). *ASPECTOS DE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL*. España: Actualidad Civil.
- AMENDRA. (s.f.).
- BALCAZAR GOICOCHEA, GRECIA ANAIS, JESUS VENTURA, JAVIER . (2014). *HACIA UN NUEVO TIPO DE FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA*. Trujillo-Perú.
- Campos, Rosa M Magán, C. Ruzafa y C. Fortes. (2012). *MANUAL PRACTICO DE ESTERILIDAD Y REPRODUCCIÓN HUMANA*. En *CONGELACIÓN DE SEMEN EN PILDORAS* (Cuarta edición ed.). Madrid-España: Médica panamerica.
- CANALES TORRES, C. (2008). *MADRE ¿HAY UNA SOLA? A PROPÓSITO DEL PRIMER FALLO DE LA CORTE SUPREMA REFERENTE A LA REPRODUCCION ASISTIDA*. En *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ESPINOZA, E. (1998). *El Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica.
- FERNANDO ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ-CARO. (2009). *BIOÉTICA Y LEY EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. Granada: COMARES.
- GARCIA COLORADO, G. (2009). *Normatividad en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida* (Primera ed.). MÉXICO: TRILLAS.
- GONZÁLES, R. (2016). *CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES*. En *MANUAL DE BUENA PRACTICA CLINICA EN REPRODUCCION ASISTIDA*. España: Depósito legal: M-13711-2016.
- HAYDEE ROJAS, J. (2007). *FECUNDACION ASISTIDA POST MORTEM*. UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA, Argentina, Buenos Aires.
- LLANOS, B. A. (2016). *Tratado de Derecho de Familia* (Primera Edición ed.). Lima: LEX Y IURIS.
- MARIA DEL ROSARIO RODRIGUEZ, CADILLA PONCE. (2013). *Aspectos Legales de la Reproducción Humana Asistida*. En *TRATADO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA* (Primera ed.). LIMA: GRUPO PRANOR.
- MARTA GETINO, A. (2016). *TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM*. Universidan de Leòn, ESPAÑA.



- MARTINEZ DE AGUIRRE, A. C., CONTRERAS, D. P., & M.A, P. A. (s.f.). *CURSO DE DERECHO CIVIL-DERECHO DE FAMILIA* (TERCERA ed.). MADRID -ESPAÑA: COLEX.
- MEJIA CH, R. M. (2014). LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM. *Rev. SSIAS*.
- MORALES GODO, J. (1995). *¿MO EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y EL CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE INFORMACION.* . LIMA: GRIJLY.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, C. C. (2008). LA GENETICA EN LOS TRIBUNALES PERUANOS. En *DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA*. Lima: Gaceta Juridica.
- N. Garrido, Y.Marquez.C. Rico, Rodríguez, A. Mencías, A.Zurilla, J.Serrano y M.Meseguer. (2012). BANCO DE SEMEN DEMUESTRAS PROPIAS. En *Manual Practico de Esterilidad y Reproducción humana* (Cuarta ed.). Madrid-España: Medica Panamericana.
- Noriega, H. L., Llerena cano, G., & Prazak Krofta, L. (Edits.). (2013). *TRATADO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA* (Primera edición ed.). Lima, Lima: Grupo Pranor de Reproduccion Asistida.
- OROZCO, L. T. (2013). *TRATADO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*. LIMA: PRANOR.
- RASPIGLIOSI, E. V. (2004). *DIVORSIO FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD*. Lima: Juridica Grijley.
- REBECA JARA- YOLANDA GALLEGOS. (2014). *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA*. LIMA-PERU: JURISTA EDITORES.
- RINESSI, A. J. (2014). La Capacidad de los menores.
- ROCA MENDOZA, O. G. (2015). La Capacidad de las personas naturales. *Persona y Familia N°04*.
- RODRIGUEZ GUITAN, A. M. (2015). La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico. *Iuris Tantum Revista Boliviana de DerechO*, SANTA CRUZ DE LA SIERRA.
- RUBIO CORREA, M. (2000). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU.
- SAAVEDRA DÍAZ, A. (2018). *EL USO DE LAS TERAS Y EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN*. PIURA.
- SANDOVAL, B. M. (2016). *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*. Buenos Aires-Argentina: ASTREA S.R.L .
- SENTENCIA, 518-2014-0-2011-JP-FC-01 (11 de Mayo de 2016).
- Sentencia N° 4167- Junin, 4167 (Corte Suprema de la Republica 2011).
- TABOADA CORDOBA, L. (2006). *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima: Jurídica GRIJLEY.
- TORRES FLOR, A. (2014). *DERECHO A LA IDENTIDAD Y REPRODUCCION ASISTIDA HETEROLOGA*. UNIVERSIDAD CATOLICA SAN PABLO.: FONDO EDITORIAL UCSP.

- URTECHO CHIPANA, J. A. (2018). *EL DERECHO A LA PROCREACIÓN DE LA CÒNYUGE SUPÈRSTITE MEDIANTE LA FECUNDACIÓN MÈDICA ASISTIDA POST PORTEN EN EL PERÙ*. Universidad Nacional de Trujillo, TRUJILLO.
- VALVERDE MORANTE, R. (2014). ¿DEBERIA PERMITIR LA FUTURA LEY PERUANA SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA (TERAS) LA FIGURA DEL "EMBARAZO POST MORTEM"? *VOX JURIS*, 167-171.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E. (1995). *Derecho Genético Principios Generales*. Trujillo: Normas Legales.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E. (2001). *Derecho Genético* (Cuarta ed.). Lima: GRILEY.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E. (2013). Filiación y Reproducción Asistida. En *TRATADO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA* (Primera ed.). Lima: Grupo Pranor.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.
- VARSÍ RASPIGLIOSI, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. (cuarta ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- VELAZQUEZ CRUZ , G. (2018). *LA FILIACION POR CONSENTIMIENTO PATERNO OTORGADO PARA LA REALIZACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA POST MORTEM*. QUITO.
- VILLAQUIRÀN VILLALBA, ANA. DOLZ ARROYO, MIGUEL.SALVADOR ZAIRA. (2018). Las técnicas de reproducción asistida: diferencias y complejidad. *Reproducción Asistida ORP*.
- VIZENCI, C. M. (2005). *EL CONCEPTO DE FILIACIÓN EN LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL*. Piura-Perù: Universidad de Piura.

# ANEXOS

## ANEXO N°1-A

### CONSENTIMIENTO INFORMADO-CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS- EN PIURA- PERÚ.

#### CONSENTIMIENTO INFORMADO CRIOPRESERVACION DE EMBRIONES HUMANOS

Entendemos que la propuesta de este formato es para informarnos sobre el procedimiento clínico e invitarnos a participar, el mismo que está diseñado para iniciar un embarazo después de la Criopreservación de nuestros embriones. Entendemos que la participación en este proceso es voluntaria. Si elegimos o no participar en este procedimiento, nuestra decisión no perjudicará nuestra relación presente o futura con BIOGENETIC LAB SAC – GESTAR IN VITRO Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida, no originando ninguna penalidad o menores beneficios para nosotros.

Entendemos la necesidad de leer este formato cuidadosamente y realizar las preguntas necesarias antes de decidir participar o no en este proceso. Los doctores responsables de nuestro caso, gustosamente responderán todas nuestras preguntas.

Una de las maneras de aumentar las posibilidades de embarazo en un ciclo y vencer la aparente ineficiencia reproductiva de nuestra especie, consiste en estimular la ovulación con el objeto de recuperar del ovario de la mujer un número mayor de óvulos. Así se pueden inseminar y fecundar más de un óvulo, y transferir al útero más de un embrión. Con ello, existe una probabilidad mayor de que al menos un embrión esté normalmente constituido y pueda llevar adelante una gestación normal. Por otra parte, al transferir varios embriones se expone a la mujer al riesgo de multigestación.

En el laboratorio los embriones son sometidos a soluciones especiales que preservan los embriones durante su Criopreservación en nitrógeno líquido a  $-196^{\circ}\text{C}$  hasta su descongelación.

Sabemos, además, que varios laboratorios alrededor del mundo han demostrado la seguridad de criopreservar embriones humanos y establecer embarazos después de una transferencia. Bebés normales han nacido como consecuencia de la transferencia de tal congelación de embriones. Entendemos que estudios de estos embriones humanos y las extensas investigaciones de embriones criopreservados de animales no han demostrado un incremento significativo en el riesgo de anomalías en descendientes que han sido criopreservados.

Entendemos que no se pretende que la Criopreservación elimine el normal riesgo de complicaciones obstétricas o las anomalías fetales, pero la Criopreservación no parece aumentar el riesgo, aunque la posibilidad de un riesgo surgido de imprevisto podría ser eliminado.

Sabemos que nuestros embriones serán almacenados durante el tiempo que somos pacientes del programa de FIV/ICSI BIOGENETIC LAB SAC – GESTAR IN VITRO Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida. De resultar embarazada en el actual procedimiento de FIV/ICSI, la transferencia de embriones que fueron criopreservados se hará en un plazo máximo de 1 años, desde la fecha del parto. Nosotros nos comprometemos a cumplir el plazo señalado o manifestar por escrito si hay impedimento para cumplirlo o si deseamos postergar ese plazo.

Si no hay embarazo después del actual ciclo de estimulación, nos comprometemos a transferirnos los embriones antes de 6 meses. De no cumplirse ese plazo se debe notificar por escrito la decisión de postergar la transferencia.

Nosotros nos comprometemos a reportar cambios de dirección o teléfono, a fin de poder ser ubicados en cualquier momento que el equipo lo estime necesario.

En caso de decidir no hacer uso de los embriones en un plazo de 3 años desde la Criopreservación y habiéndolo manifestado por escrito, nosotros debemos autorizar a BIOGENETIC LAB SAC – GESTAR IN VITRO Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida para hacer retiro de ellos ó para donarlas en forma confidencial y anónima a parejas infértiles que deseen recibirlas en adopción, bajo nuestra autorización.

Sobre los costos: se nos ha entregado un presupuesto que incluye los costos del procedimiento de Criopreservación S/. 2000.00 soles y los de mantención de S/. 100.00 soles mensuales a partir del tercer mes después de la primera transferencia.

Hemos leído este informativo y hemos tenido la oportunidad de preguntar y aclarar las dudas en relación con el tratamiento. Entiendo que este consentimiento sólo es válido para este ciclo de tratamiento.

He recibido copia de este formulario.

_____ Nombre y Apellidos	_____ N° DNI	_____ Firma
_____ Nombre y Apellidos	_____ N° DNI	_____ Firma

Fecha: \_\_\_\_\_



## ANEXO N°1-B

AUTORIZACIÓN A TERCEROS PARA REALIZAR PROCEDIMIENTO FIV/ICSI A PARTIR DE SEMEN CRIOPRESERVADO-EN PIURA- PERÚ.

### AUTORIZACIÓN A TERCEROS PARA REALIZAR PROCEDIMIENTO FIV/ICSI A PARTIR DE SEMEN CRIOPRESERVADO

Yo, \_\_\_\_\_;  
identificado con DNI N° \_\_\_\_\_; autorizo libre y voluntariamente a la persona:  
\_\_\_\_\_, identificado  
con DNI N° \_\_\_\_\_; a utilizar todas mis muestras de semen del Laboratorio de  
Criopreservación de BIOGENETIC LAB SAC para realizar los procedimientos de FIV/ICSI con  
sus óvulos y mis espermatozoides.

Asimismo, libero de toda responsabilidad al Laboratorio de Reproducción Asistida, médicos,  
biólogos y empleados que ahí laboran.

Autorizo a que se utilice mi muestra de semen del \_\_\_\_/\_\_\_\_/20\_\_ al \_\_\_\_/\_\_\_\_/20\_\_

Firmado por: \_\_\_\_\_ Nombres: \_\_\_\_\_

En presencia de: \_\_\_\_\_ Nombre del testigo: \_\_\_\_\_

Fecha: \_\_\_\_\_

## ANEXO N°1-C

### AUTORIZACIÓN DE DONACIÓN DE GAMETOS MASCULINOS-- EN PIURA- PERÚ.

#### AUTORIZACION DE DONACION DE GAMETOS MASCULINOS

Conste por el presente documento la autorización para la donación de gametos masculinos, que otorga \_\_\_\_\_, identificado con DNI: \_\_\_\_\_, en las condiciones siguientes:

La donación de gametos masculinos es un acto de disposición del propio cuerpo, que se encuentra dentro de lo dispuesto por el artículo 6 ° y 7° del Código Civil, por tratarse de células separables cuya cesión no afecta la integridad física del donante.

Los gametos son donados para que sean utilizados por una pareja exclusivamente con fines reproductivos.

El acto que realiza el donante es un acto de disposición que no genera vida por lo tanto no conlleva responsabilidad alguna, ni crea vínculo de filiación alguno con el niño que pudiera nacer a consecuencia de la utilización de dichos gametos.

El donante declara que al momento de realizar la donación no padece de ninguna enfermedad hereditaria, infecciosa o sexualmente transmisible, ni defectos que puedan transmitirse.

Asimismo, consiente a no indagar acerca de la identidad de la mujer receptora, entendiendo asimismo que su propia identidad será mantenida en secreto.

El acto que realiza el donante tiene carácter privado por encontrarse dentro de su esfera de intimidad personal, por lo tanto al amparo de lo dispuesto por los artículos 2° de La Constitución, artículo 16° del Código Civil y artículos 156°, 157° del Código Penal, la violación de este secreto dará lugar a responsabilidad civil y penal.

Firma y huella digital: \_\_\_\_\_

Piura, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del 201 \_\_\_\_\_



## ANEXO N°1-D

### CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTORIZADO PARA REALIZAR UN PROCEDIMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA-- EN PIURA- PERÚ.

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTORIZADO PARA REALIZAR UN PROCEDIMIENTO DE

REPRODUCCIÓN ASISTIDA

NOMBRE DEL PACIENTE: \_\_\_\_\_ DNI: \_\_\_\_\_

NOMBRE DE LA PAREJA: \_\_\_\_\_ DNI: \_\_\_\_\_

NOMBRE DEL MÉDICO DE REFERENCIA: \_\_\_\_\_

DIRECCIÓN ACTUAL: \_\_\_\_\_

TELÉFONO: \_\_\_\_\_ EMAIL: \_\_\_\_\_

FECHA: \_\_\_\_\_

Nosotros, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, hemos sido informados de los alcances, y autorizamos a el (los) directores del Programa de Reproducción Asistida de BIOGENETIC LAB SAC – GESTAR IN VITRO y a sus profesionales, a realizar, IVF, ICSI, (indique el que corresponda) y una posterior transferencia de embriones logrados por este método.

Por lo tanto, al dar mi consentimiento deajo en claro que acepto los riesgos que la práctica de dicho tratamiento pueda conllevar, los mismos que implican, entre otros, Hiperestimulación Ovárica, la no obtención de ovocitos, la posibilidad de que no exista fecundación o transferencia embrionaria.

Entendemos que si bien el procedimiento de Reproducción Asistida arriba mencionado se lleva a cabo con el propósito de incrementar la probabilidad de lograr un embarazo, mediante la transferencia de embriones al útero, el procedimiento en sí no garantiza un éxito seguro. Es decir, BIOGENETIC LAB SAC – GESTAR IN VITRO Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida (o alguno de sus profesionales) no le asegura a la paciente un embarazo. Lo que la Institución ofrece es un trabajo dedicado a aumentar las probabilidades de lograr un embarazo.

Por otro lado, y como se discutió previamente con el médico tratante, de lograrse un embarazo, el riesgo de dar vida a un ser humano con deficiencias motoras, cognitivas o con malformaciones congénitas de índole genético (Síndrome de Down, etc.) de manera natural o a través de la ayuda de un laboratorio de Reproducción Asistida es el mismo para ambos métodos. Es decir, cualquier procedimiento de reproducción asistida no aumenta el riesgo de concebir un ser humano con los padecimientos arriba mencionados, sino que tiene el mismo riesgo que si hubiese sido concebido de manera natural.

Finalmente, entendemos, comprendemos y aceptamos que no estamos exentos del riesgo del nacimiento de niños con trastornos del desarrollo, sean estos genéticos (cromosómicos), mendelianos, poligénicos y/o embriopáticos.

Además, entendemos la posibilidad de lograr un embarazo múltiple (gemelos o mellizos, trillizos, etc.).

Adicionalmente, entendemos y aceptamos que el embarazo obtenido no garantiza el nacimiento del/los niños(a)/s, pudiendo ocurrir complicaciones obstétricas o ginecológicas como en cualquier embarazo logrado de manera natural.

Firmamos voluntariamente en el lugar y fecha indicados, aceptando entender el procedimiento y riesgos expuestos y dando conformidad a la realización del mismo, aceptando que solo podré revocar mi autorización hasta antes del inicio del procedimiento.

Firma: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Doc. De Identidad: \_\_\_\_\_

Doc. De Identidad: \_\_\_\_\_

Teléfono Actual: \_\_\_\_\_

Dirección Actual: \_\_\_\_\_

## ANEXO N°1-E

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON ÓVULOS DE DONANTE MEDIANTE FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV) O INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)- EN PIURA- PERÚ.

**AUTORIZACION DE REPRODUCCION ASISTIDA CON ÓVULOS DE DONANTE MEDIANTE FECUNDACION IN VITRO (FIV) O INYECCION INTRACITOPLASMATICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)**

Sr. Notario:

Sírvase extender en su registro de escrituras públicas, una en las que conste la autorización para la realización de Fecundación in vitro con ovocitos de donante que otorgan doña \_\_\_\_\_ identificada con DNI N° \_\_\_\_\_ y don \_\_\_\_\_ identificado con DNI N° \_\_\_\_\_ con domicilio en \_\_\_\_\_ con domicilio en \_\_\_\_\_

**Información para Receptora de óvulos:**

La utilización de óvulos donados se aplica en parejas heterosexuales en que, la mujer no tiene ovarios o sus ovarios no tienen/maduran los óvulos. Con frecuencia, esta condición es debida a razones genéticas, quirúrgicas o por radioterapia en tratamientos de cáncer. La donación/recepción de óvulos también se realiza en mujeres con falla ovárica prematura (menopausia precoz), es decir, mujeres que nacieron con un número menor de óvulos y por ello su menopausia es prematura. También la donación de óvulos está indicada en mujeres portadoras de enfermedades graves ligadas a cromosomas o a genes posibles de ser identificados en la actualidad. El uso de óvulos de otra persona evita la transmisión de enfermedades graves en la descendencia.

Los óvulos donados son inseminados (FIV) o inyectados (ICSI) con los espermatozoides del marido y/o pareja de la receptora.



Los tratamientos médicos que utilizan la donación de gametos, no son tratamientos de infertilidad propiamente tal, de hecho, con estos tratamientos no se logra que una mujer que carece de gametos, los tenga luego del tratamiento.

Al igual que con la donante de óvulos, la receptora puede acceder a ello en forma anónima, es decir, en que su identidad es desconocida para la donante y viceversa. La aplicación de esta técnica tiene carácter privado por ser un acto que se encuentra dentro de la esfera de la intimidad personal y familiar, por lo tanto al amparo de los dispuestos por los artículos 2 de la Constitución, 16 del Código Civil y 156-157 del Código Penal la violación de este secreto dará lugar a responsabilidad civil y penal.

Se resalta que paciente mayor a 50 años que desee ciclo FIV, ha sido informada sobre el riesgo que implica realizar el procedimiento por la edad que tiene. Así mismo que se solicitará de forma obligatoria mamografía documentada, prueba de Papanicolaou, ecografía TV documentada sin patología, contar con evaluación cardiovascular documentada con ecocardió.

Paciente consiente de los riesgos, los cuales asumirá dejando constancia de lo mencionado que está refrendado por su consentimiento con legalización notarial.

## FECUNDACION IN VITRO (FIV-OD) o INYECCION INTRACITOPLASMATICA DE ESPERMATOZOIDE (ICSI-OD) CON ÓVULOS DE DONANTE

### Eficiencia del procedimiento

La eficiencia puede medirse en la proporción de mujeres que logra un embarazo luego de haber fecundado los óvulos donados y transferido embriones al útero. La tasa de embarazo por transferencia en ciclos de FIV o ICSI con óvulos donados puede llegar hasta un 70% según cifras globales. Sin embargo, debe considerarse que la tasa de abortos espontáneos es de aproximadamente 15%.

### Complicaciones más frecuentes.

#### Embarazo tubario:

Es la implantación del embrión en la trompa. Este diagnóstico se puede hacer alrededor de 21 días después de la transferencia embrionaria, cuando por ecografía se puede ver el saco gestacional. Esta complicación ocurre en la población general en alrededor del 1 al 2% de los casos y en los ciclos de FIV esta incidencia aumenta a 4% en gran parte debido a que las personas que deben recurrir a estos procedimientos tienen mucha patología tubárica y uterina que facilita la ocurrencia de esta complicación.

#### Defectos de Nacimiento:

El porcentaje de malformaciones de los recién nacidos producto de las técnicas de fecundación in vitro, no es mayor que el de la población general. En la información publicada a nivel mundial y latinoamericana, las tasas de malformaciones no superan la encontrada luego de reproducción espontánea (2 a 2.5 % de los nacidos examinados).

Embarazo múltiple:

La tasa de multigestación, es una consecuencia del número de embriones transferidos. La tasa global de multigestación es de aproximadamente 20%.

Sin embargo, la tasa de abortos es cercana al 15% por lo que algunos de estos sacos se reducirán espontáneamente, habitualmente antes de la semana 12 de gestación.

Habiendo tomado conocimiento de todo lo expresado anteriormente, consentimos a la realización de la Fecundación *In vitro* con óvulos de donante. Ambos reconocen que el niño que nazca a consecuencia de la aplicación de esta técnica, tendrá la condición de hijo de ambos para todos los efectos.

Agregue usted Señor Notario, lo que fuere de ley.

Señora: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Señor: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Fecha: \_\_\_\_\_



## ANEXO Nº2-A

### CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE LA PAREJA-ESPAÑA.



#### INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE LA PAREJA



#### CONSENTIMIENTO INFORMADO

#### SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD

D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_  
mayor de edad, con DNI. nº \_\_\_\_\_, estado civil \_\_\_\_\_, y  
D. \_\_\_\_\_  
mayor de edad, con DNI. \_\_\_\_\_, estado civil \_\_\_\_\_, y con domicilio en  
la ciudad de \_\_\_\_\_, calle \_\_\_\_\_  
nº \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_, concurriendo como  
(matrimonio/pareja de hecho) \_\_\_\_\_

#### I. ¿En qué consiste?

La inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides, previamente tratados en el laboratorio, en el cérvix o dentro de la cavidad uterina de la mujer, en el periodo próximo a la ovulación.

#### II. ¿Cuándo está indicada?

- Disminución del número o de la movilidad de los espermatozoides, y/o anomalías de los mismos.
- Dificultad de penetración de los espermatozoides en la cavidad uterina.
- Causa desconocida de infertilidad o esterilidad.
- Trastornos ovulatorios.
- Otras causas.

#### III. Procedimiento

La inseminación artificial se puede llevar a cabo durante el ciclo natural, o después de un proceso de estimulación ovárica. La tasa de embarazo es significativamente mayor en los ciclos estimulados que en los espontáneos.

La estimulación de los ovarios se realiza mediante el uso de fármacos cuya acción es similar a la de ciertas hormonas producidas por la mujer. Los medicamentos empleados incluyen un prospecto que el paciente debe consultar, teniendo la posibilidad de solicitar al personal sanitario del Centro cualquier aclaración al respecto. La finalidad de este tratamiento es obtener el desarrollo de uno o varios folículos, en cuyo interior se encuentran los ovocitos.

El proceso de estimulación ovárica se controla habitualmente mediante ecografías vaginales que informan del número y tamaño de los folículos en desarrollo, complementadas en ocasiones con ciertas determinaciones hormonales. Una vez obtenido el desarrollo adecuado, se administran otros medicamentos para lograr la maduración final de los ovocitos y programar el momento más adecuado para realizar la inseminación.

El día indicado para la inseminación el varón deberá acudir a dejar la muestra de semen, que se procesará a fin de seleccionar los espermatozoides de mejor calidad.

Posteriormente, se realiza la introducción de dichos espermatozoides en el interior del útero mediante un catéter fino y flexible; este procedimiento es indoloro y no requiere anestesia ni hospitalización.

Una vez realizada la inseminación se podrá aconsejar algún tratamiento hormonal, con la finalidad de favorecer la posible gestación.

Firma de los interesados

1

#### IV. Resultados

Dependen en gran medida de la edad de la mujer y de las causas concurrentes que han determinado la indicación del tratamiento. En el Registro de la Sociedad Española de Fertilidad de 2013 la tasa de embarazo es del 12 % por ciclo realizado.

#### V. Riesgos

Los principales riesgos de este procedimiento terapéutico son:

- 1) **Embarazo múltiple:** Es una complicación que supone riesgos físicos para la madre y los fetos, en especial cuando la gestación es de más de dos fetos.
- 2) **Síndrome de hiperestimulación ovárica:** En ocasiones, la respuesta ovárica al tratamiento es excesiva, se desarrolla un gran número de folículos, aumenta el tamaño ovárico. Además, el desarrollo de este síndrome tiene relación directa con la administración del fármaco necesario para la maduración final de los ovocitos (HCG) y la consecución de embarazo.

Se clasifica en leve, moderada y severa, siendo esta última excepcional (menos de un 2 %) y se caracteriza por acumulación de líquido en el abdomen e incluso en el tórax, así como por alteraciones de la función renal y/o hepática. En casos críticos se puede asociar a insuficiencia respiratoria o alteraciones de la coagulación.

Puede precisar hospitalización y tratamiento médico-quirúrgico y sólo excepcionalmente se hace aconsejable la interrupción del embarazo.

- 3) **Embarazo ectópico:** Consiste en la implantación del embrión fuera del útero, habitualmente en las trompas. Excepcionalmente puede coexistir con un embarazo situado en el útero.
- 4) **Otros riesgos que excepcionalmente se pueden producir:**
  - Infección del aparato genital de la mujer. En casos extremos, esta complicación puede llegar a comprometer la futura fertilidad de la mujer.
  - Torsión ovárica, que se manifiesta por un cuadro agudo de dolor pélvico y cuyo tratamiento puede ser quirúrgico.
  - Riesgos específicos que se producen en el caso de una mujer de edad avanzada: La edad materna avanzada incrementa el riesgo de complicaciones tanto del embarazo como en la descendencia.
  - Riesgos de transmisión de enfermedades a la descendencia. En los pacientes portadores conocidos de trastornos genéticos, infecciosos o de otra naturaleza, el riesgo de transmisión de estos problemas a la descendencia debe ser evaluado individualmente antes del tratamiento con inseminación artificial.
  - Cuando se logra una gestación por medio de inseminación artificial, el riesgo de anomalías congénitas, enfermedades hereditarias y de complicaciones durante el embarazo y el parto, parece similar al de la población en general.
- 5) **Riesgos psicológicos, derivados de las características de los tratamientos, periodos de espera y desconocimiento de los resultados:** Pueden aparecer trastornos psicológicos como síntomas de ansiedad y síntomas depresivos, tanto en el hombre como en la mujer. En algunos casos, pueden surgir dificultades en la relación de pareja (sexual y emocional) y niveles elevados de ansiedad en el periodo de espera entre la aplicación de la técnica y la confirmación de la consecución o no del embarazo, así como ante los fallos repetidos de la técnica.

#### VI. Riesgos personalizados:

Las características médicas, sociales o laborales de cada paciente pueden suponer una modificación de los riesgos generales o aparición de riesgos específicos. En este caso serían:

---

#### VII. Información económica (si procede)



Los precios que rigen en este centro se detallan en presupuesto adjunto, significándose la imposibilidad de concretar previamente de forma exacta el costo total, debido a que los tratamientos varían en cada paciente y, muy especialmente, en función de la respuesta a la estimulación ovárica de cada mujer.

#### **VIII. Aspectos legales generales relacionados con la reproducción asistida**

El marco jurídico regulador de la reproducción humana asistida está constituido fundamentalmente por la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Estas técnicas tienen como objetivo principal la solución de los problemas de esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

También pueden utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

Sólo pueden llevarse a cabo cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia; y siempre en mujeres mayores de edad, con plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil y orientación sexual, que deben haber sido anterior y debidamente informadas de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

La mujer receptora de las técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

El consentimiento del varón (casado o no) cuyos espermatozoides habrán de ser utilizados en el tratamiento, deberá ser prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente.

#### **IX. Alternativas ante el fracaso de la técnica**

Si después de haber realizado un número adecuado de ciclos de inseminación artificial (generalmente de tres a seis ciclos) no se ha conseguido el embarazo, puede ser aconsejable adoptar, tras la oportuna reflexión, alguna de las siguientes alternativas:

- Volver a iniciar el tratamiento.
- Profundizar en estudios complementarios.
- Aplicar modificaciones a la técnica utilizada.
- Indicar otros tratamientos de reproducción asistida, como la Fecundación in Vitro.
- Considerar otras alternativas

#### **DECLARAMOS:**

1. Nos ha sido explicado que, por nuestro proceso de esterilidad o infertilidad conyugal o de pareja, es conveniente realizar un tratamiento de inseminación artificial.
2. En la consulta médica hemos declarado no padecer enfermedades congénitas, hereditarias o infecciosas transmisibles que puedan dar lugar a riesgo grave para la posible descendencia.
3. Según el equipo médico, la indicación viene determinada por \_\_\_\_\_ y que la técnica más adecuada es la que aquí consentimos, denominada inseminación artificial con semen de la pareja (.....ciclos).
4. Hemos comprendido el contenido de esta información y tenido oportunidad de solicitar aclaraciones adicionales sobre la misma.

#### **AUTORIZAMOS,**

A la aplicación de los procedimientos de tratamiento y control necesarios para ser sometidos a un procedimiento de inseminación artificial con semen de la pareja.

*El contenido del presente documento refleja el estado actual del conocimiento, y por tanto, es susceptible de modificación en caso de que así lo aconsejen nuevos hallazgos o avances científicos.*

*Según lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, sus datos de carácter personal y sanitario quedarán registrados en un fichero propiedad del centro \_\_\_\_\_, pudiendo ser utilizados y cedidos única y exclusivamente a los efectos de la actuación encargada, gozando de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Todos los datos que se derivan del proceso quedarán reflejados en la correspondiente historia clínica, que será custodiada en las instalaciones de la entidad para garantizar su correcta conservación y recuperación.*

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Fdo. El/La Médico/a (Col.nº

) Firma Paciente

Firma Pareja

ANEXO para la REVOCACIÓN del presente consentimiento

D./Dña. \_\_\_\_\_, mayor de edad, provista/o de DNI/pasaporte nº \_\_\_\_\_ y domicilio en la calle/plaza \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, en este acto solicito la REVOCACIÓN de la aplicación de la técnica de reproducción asistida a la que me estoy sometiendo.

Fdo. D/Dña \_\_\_\_\_

Firma del Médico:

## ANEXO N°2-B

### CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CRIOCONSERVACIÓN DE MUESTRA DE SEMEN-ESPAÑA.



#### CRIOCONSERVACIÓN DE MUESTRAS DE SEMEN



#### CONSENTIMIENTO INFORMADO

#### SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD

D. \_\_\_\_\_  
mayor de edad, con DNI. /pasaporte nº \_\_\_\_\_ y domicilio en la ciudad  
de \_\_\_\_\_, calle \_\_\_\_\_  
nº \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_.

#### I. ¿En qué consiste?

La criopreservación seminal preventiva consiste en la congelación y almacenamiento de espermatozoides con fines reproductivos.

#### II. ¿Cuándo esta indicada?

- Necesidad de tratamientos que pueden reducir o anular su capacidad reproductiva (cirugía, quimioterapia, radioterapia).
- Dificultad en la obtención de muestra seminal destinada a tratamientos de reproducción asistida.
- Deterioro progresivo por causa conocida o desconocida de las características de los espermatozoides.
- Recuentos espermáticos extremadamente bajos que hagan aconsejable la acumulación de espermatozoides procedentes de diversos eyaculados.
- Otras causas.

#### III. Procedimiento

Es necesario realizar análisis de sangre previos y posteriores a la congelación seminal para determinar el riesgo infeccioso. Si la conservación definitiva del semen supusiera riesgo de esta naturaleza, el paciente deberá aceptar las medidas específicas de conservación que resulten necesarias.

El paciente entregará una primera muestra seminal, que será analizada y congelada. En función de su calidad, se aconsejará sobre el número de muestras adicionales que debe entregar para disponer de suficiente cantidad de espermatozoides congelados para su uso reproductivo posterior. El número de congelaciones seminales también estará condicionado por la indicación de dicha congelación. Una vez finalizada la recogida y congelación de muestras, el paciente podrá solicitar un informe donde se hará constar el número y las características en fresco de las muestras seminales almacenadas.

Los pacientes que deciden congelar semen cuando ya han iniciado o completado un tratamiento que puede interferir con la producción espermática, podrían encontrarse en dos situaciones respecto a la calidad seminal:

- Ausencia de espermatozoides en el eyaculado, confirmada por el análisis de la primera muestra. En ese caso resultaría innecesaria la congelación.
- Presencia de espermatozoides, que podrían o no haber sido afectados negativamente por el tratamiento recibido.

Dado el posible restablecimiento de la producción espermática en algunos casos, puede ser aconsejable la realización de análisis seminales posteriores a la congelación.

#### IV. Resultados

La criopreservación espermática es una técnica útil, pero no garantiza el mantenimiento de la calidad biológica de los gametos ni asegura su capacidad fecundante futura. Incluso en el caso de que dichos espermatozoides conserven tras su descongelación una aparente calidad

Firma del interesado

1

biológica, no puede asegurarse la consecución de una gestación a partir de esta muestra, ni aun en el caso de que el paciente haya tenido descendencia previa.

#### **V. Riesgos**

- El proceso de congelación y descongelación reduce de forma imprevisible la calidad seminal, disminuyendo el porcentaje de espermatozoides vivos y móviles. Los espermatozoides que no resultan dañados conservan su capacidad fecundante, que no se ve afectada por la duración del periodo en que se mantengan congelados.
- La enfermedad que afecta al paciente, y que obliga a aplicarle un tratamiento potencialmente esterilizante, podría tener repercusiones sobre la calidad biológica o la normalidad genética de los espermatozoides criopreservados. Estos efectos pueden comprometer el éxito de las técnicas de reproducción asistida aplicables en un futuro, o la viabilidad de la descendencia. Igualmente, resulta posible la transmisión de defectos genéticos, enfermedades y factores de riesgo hereditarios.

#### **VI. Riesgos personalizados**

Las características médicas, sociales o laborales de cada paciente pueden suponer una modificación de los riesgos generales o aparición de riesgos específicos. En este caso serían:

---

#### **VII. Información económica (si procede)**

Los precios que rigen en este centro se detallan en presupuesto adjunto, significándose la imposibilidad de concretar previamente de forma exacta el coste total, debido a que los tratamientos varían en cada paciente.

#### **VIII. Aspectos legales generales relacionados con la reproducción asistida**

El marco jurídico regulador de la reproducción humana asistida está constituido fundamentalmente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En esta norma se proclama que las técnicas tienen como objetivo principal la solución de los problemas de esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces; y, también, que el semen puede criopreservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.

Además, por lo que se refiere al almacenamiento y procesamiento de las muestras de semen para uso diferido, de acuerdo con las directivas europeas deben realizarse, al menos, los siguientes test serológicos para evaluar el riesgo de contaminación cruzada:

- HIV 1 y 2.
- Hepatitis B y C
- Sífilis

En relación con la posibilidad de tener un hijo póstumo con la muestra de semen, la ley indica que sólo podrá determinarse legalmente la filiación si el material reproductor se encontrase en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del marido (o varón no unido por matrimonio), excepto si éste hubiese prestado su consentimiento en el documento de consentimiento informado de las técnicas, en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Este consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento con anterioridad a la realización de las técnicas.

Finalmente, en cualquier momento el varón puede disponer la destrucción de sus muestras seminales o el cese de su mantenimiento o su donación para investigación, previa solicitud por escrito dirigida al banco de gametos.

#### **IX. Alternativas ante el fracaso de la técnica**

Si la descongelación del semen criopreservado no permite obtener espermatozoides útiles, sólo se podría obtener descendencia recurriendo a técnicas de reproducción asistida con biopsia testicular o con semen de donante.



#### DECLARO:

1. Solicitar libre y conscientemente la criopreservación de muestras seminales para tratar de preservar la fertilidad futura, ya que va a recibir o ha recibido tratamientos que pueden afectar negativamente su capacidad reproductiva o deteriorar las características de los espermatozoides.
2. Aceptar la obligatoriedad de realizar análisis de sangre previos a la congelación seminal para determinar el riesgo infeccioso. Si la conservación definitiva del semen supusiera riesgo infeccioso, el paciente aceptará las medidas específicas de conservación que resulten necesarias.
3. Asumir que la criopreservación seminal no garantiza en ningún caso la consecución de descendencia ni la normalidad de la misma.
4. Aceptar el compromiso de confirmar cada año su voluntad de mantener en depósito las muestras seminales criopreservadas mediante documento escrito, por sí mismo o a través de persona debidamente autorizada. En caso de incumplimiento de este requisito, las muestras de semen serán destruidas en el plazo de....., a contar desde el momento en que tenía que haberse producido la confirmación.
5. Comprometerme a notificar cualquier cambio de domicilio o teléfono.
6. En caso de fallecimiento del paciente, se procederá a la destrucción inmediata de las muestras, salvo que existan las disposiciones legalmente válidas sobre su uso reproductivo post mortem especificadas en la Ley 14/2006 de 26 de mayo.
7. Haber comprendido el contenido de esta información, y tenido oportunidad de solicitar aclaraciones adicionales sobre este tratamiento, que resulta el más apropiado de los aplicables a su caso.

#### AUTORIZO,

A la aplicación de los procedimientos de tratamiento y control necesarios para ser sometidos a un procedimiento de criopreservación seminal con semen de la pareja.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Fdo. El/La Médico/a (Col.nº \_\_\_\_\_)

Firma Paciente

DNI:.....

*El contenido del presente documento refleja el estado actual del conocimiento, y por tanto, es susceptible de modificación en caso de que así lo aconsejen nuevos hallazgos o avances científicos.*

*Según lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, sus datos de carácter personal y sanitario quedarán registrados en un fichero propiedad del centro \_\_\_\_\_, pudiendo ser utilizados y cedidos única y exclusivamente a los efectos de la actuación encargada, gozando de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Todos los datos que se deriven del proceso quedarán reflejados en la correspondiente historia clínica, que será custodiada en las instalaciones de la entidad para garantizar su correcta conservación y recuperación.*

*NOTA: La clínica hará todo lo posible para mantener el almacenaje de las células/tejidos en condiciones óptimas, pero no se hará responsable de la pérdida de viabilidad de los mismos debido a desastres naturales u otras emergencias que estén fuera del control de la clínica. Debe conocer que sus espermatozoides podrían ser trasladados a una localización alternativa en caso de una situación de emergencia (inundaciones, disturbios, fuego, situaciones violentas -armas-, amenazas/ataques terroristas, gas u otras explosiones, terremotos, cierre de la Clínica, etc.).*

ANEXO para el esposo/pareja o para el varón no casado:

D \_\_\_\_\_, mayor de edad, provisto de DNI nº \_\_\_\_\_ en este acto presto mi consentimiento a que en el caso de que falleciera con anterioridad a que mi material reproductor se halle en el útero de Dña \_\_\_\_\_, pueda ésta, en los 12 meses siguientes a mi fallecimiento, proceder a fecundarse con el mismo, y que se determine la filiación del hijo nacido conmigo.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Fdo. D/Dª. \_\_\_\_\_

Firma del Médico

ANEXO para la REVOCACION del presente consentimiento

D \_\_\_\_\_, mayor de edad, provisto de DNI/pasaporte nº \_\_\_\_\_ y domicilio en la calle/plaza \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, en este acto solicito la SUSPENSIÓN de la aplicación de la técnica de reproducción asistida a la que me estoy sometiendo.

Fdo. D. \_\_\_\_\_

Firma del Médico:

## ANEXO N°2-C

### PROPUESTA DE MODELO DE CONTRATO PARA LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ.

NOMBRE DEL PASCIENTE: \_\_\_\_\_ mayor de edad, con DNI: \_\_\_\_\_ y domiciliado en la ciudad de \_\_\_\_\_ casado con \_\_\_\_\_.

- I. La crioconservación de gameto masculino preventiva consiste en la congelación y almacenamiento de espermatozoides con fines reproductivos.
- II. Se utiliza en las siguientes situaciones.
  - Cuando el usuario se va a someter a tratamientos que pueden reducir o anular la capacidad reproductiva (cirugía, quimioterapia, radioterapia).
  - Cuando tenga dificultades para la muestra seminal que será destinada a tratamientos de reproducción humana asistida.
- III. El procedimiento  
Es necesario realizar análisis de sangre previos y posteriores a la congelación seminal para determinar el riesgo infeccioso. Si la conservación definitiva del semen supusiera riesgo de esta naturaleza, el paciente deberá aceptar las medidas de conservación necesarias.

#### IV. Riesgos.

El proceso de congelación y descongelación reduce de forma imprevisible la calidad seminal, disminuyendo el porcentaje de espermatozoides vivos y móviles. Los espermatozoides que no resultan dañados conservan su capacidad fecundante, que no se ve afectada por la duración del periodo en que se mantengan congelados.

#### V. Información económica.

Los precios que rigen en este centro se detallan en presupuesto adjunto, significándose la imposibilidad de concretar previamente de forma exacta el coste total, debido a que los tratamientos varían en cada paciente.

#### VI. Aspectos legales generales relacionados con la reproducción asistida.

El marco jurídico regulador de la reproducción humana asistida está constituido fundamentalmente por la Ley N°-----, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En esta norma se proclama que las técnicas tienen como finalidad dar solución a la esterilidad humana, para facilitar la procreación; también, que el semen pueda crioconservarse en bancos de gametos autorizados.

En relación a la posibilidad de tener hijo póstumo, con la muestra de semen el cual se mantendrá crioconservado, la ley indica que sólo podrá determinarse legalmente la filiación si el menor fue concebido con material reproductor del marido muerto, sólo si esté hubiese prestado su consentimiento en el documento informado de esta técnica, en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en la fecundación de su esposa, incluso después de su muerte. Este consentimiento podrá revocarse en cualquier momento.

#### DECLARO:

- Solicitar libre y conscientemente la crioconservación de muestras seminales para preservar la fertilidad, ya que va a recibir o ha recibido tratamientos que pueden afectar negativamente su capacidad reproductiva o deteriorar las características de los espermatozoides.

En caso de muerte, si los gametos crioconservados aún no han sido fecundados. Su esposa \_\_\_\_\_, identificada con DNI N° \_\_\_\_\_.

Autoriza para que, a través de las técnicas de fecundación asistida post mortem se realice la fecundación su esposa antes mencionada. Siempre y cuando no exceda del plazo establecido de 12 meses, caso contrario no podrá realizarse.

Asimismo, acepta el reconocimiento anticipado de filiación matrimonial de su hijo póstumo.

- Acepto Haber comprendido el contenido de la información, y tenido la oportunidad de solicitar aclaraciones adicionales sobre este tratamiento.

AUTORIZO.

A la aplicación de los procedimientos de tratamiento y control necesario para ser sometido a un procedimiento de crioconservación con gametos de la pareja.

En la ciudad de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma de paciente

DNI: \_\_\_\_\_

ANEXO para la REVOCACIÓN del consentimiento.

Yo, \_\_\_\_\_, mayor de edad, con DNI N° \_\_\_\_\_ y domicilio en \_\_\_\_\_, en este acto solicito SUSPENSIÓN de la aplicación de la técnica de reproducción asistida a la que me estoy sometiendo.

\_\_\_\_\_  
Firma de paciente

DNI: \_\_\_\_\_



## ANEXO N°3-A

### MATRIZ BÁSICA DE CONSISTENCIA

#### Título del Proyecto:

“LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PATERNO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM EN EL PERÚ”

#### Nombre del Tesista:

GEISLER MILAGROS GAONA JIMÉNEZ

	PREGUNTAS	HIPÓTESIS	OBJETIVO
General	¿Se debe regular el consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem en el Perú?	El consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, sería determinante en la filiación matrimonial, de lo contrario se vulnerarían los derechos del menor a que le reconozca la filiación, derechos sucesorios y derechos reproductivos de la madre biológica.	Determinar si se debe regular el consentimiento paterno en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem en el Perú.
Específica 1	¿De qué forma debe otorgar el consentimiento el padre en la crioconservación de sus gametos, para que se extienda en las técnicas de reproducción humana asistida post mortem?	La formalidad del consentimiento paterno, debería constar en documento legal en el cual se establezca la autorización para que se utilicen los gametos crioconservados, en la fecundación post mortem.	Establecer la formalidad en el que se debe otorgar el consentimiento del padre, para determinar los alcances en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida post mortem.

#### ANEXO N°4

##### CUADRO DE CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN.

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES								
AÑO	2019							
ACTIVIDADES	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
ETAPA DE ANÁLISIS - METODOLÓGICA								
ANÁLISIS PREVIO	X							
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	X							
RECOPIACIÓN Y ORDENAMIENTO DE DATOS	X							
CLASIFICACIÓN DE DATOS	X							
ANÁLISIS CRÍTICO E INTERPRETATIVO	X							
ETAPA ELABORATIVA								
ANÁLISIS METÓDICO			X					
REDACCIÓN INICIAL			X					
PRESENTACIÓN DEL PROYECTO			X					
APROBACIÓN DEL PROYECTO			X	X				
INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN					X			
SEGUNDA REDACCIÓN					X			

<b>PREPARACIÓN BIBLIOGRÁFICA, CITAS, ANEXOS Y CUADROS ESTADÍSTICOS</b>						X		
<b>CORRECCIÓN E IMPRESIÓN DE LA TESIS</b>							X	
<b>SUSTENTACIÓN</b>							X	

#### ANEXO Nº 5: PRESUPUETO

Para la elaboración de la presente investigación, y su correspondiente ejecución se han proyectado los siguientes cuadros de recursos y presupuestos de gastos, los mismos que detallo a continuación.

<b>INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN</b>		<b>S/. 5,850.00</b>
<b>FUENTE DE FINANCIAMIENTO</b>		<b>INGRESOS PROPIOS</b>
<b>RUBRO</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>COSTO</b>
<b>BIENES</b>	IMPRESORA EPSON	S/. 500.00
	CARTUCHOS Y TINTAS	S/. 250.00
	HOJAS A4 (SIMILARES)	S/. 100.00
	MATERIAL DIDÁCTICO	S/. 150.00
<b>SERVICIOS</b>	PASAJES Y VIATICOS	S/. 200.00
	SERVICIO DE COPIAS	S/. 100.00
	SERVICIO DE TIPEO	S/. 250.00
	SERVICIO DE EMPASTADO	S/. 200.00
	INTERNET E IMPRESIONES	S/. 300.00
<b>ASESORAMIENTO</b>		<b>S/. 3800.00</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>S/ 5850.00</b>

# APÉNDICES

## APENDICE 1-A:

### Ley General de la Salud LEY N° 26842

Artículo 7o.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

## APENDICE 2-A:

### CÓDIGO CIVIL PERUANO

#### TÍTULO I

##### Principio de la Persona

##### Sujeto de Derecho

**Artículo 1º.-** La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

**CONCORDANCIAS:** R.M. N° 389-2004-MINSA  
R.M. N° 148-2012-MINSA

##### Reconocimiento del embarazo o parto

**Artículo 2º.-** La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.<sup>41</sup>

#### TÍTULO II

##### Derechos de la Persona

##### Capacidad de Goce

**Artículo 3º.-** Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.

##### Igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de sus derechos

**Artículo 4º.-** El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

##### Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales

**Artículo 5º.-** El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el Artículo 6º.

**Artículo 8º.-** Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana. La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o banco de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

---

## **TÍTULO III**

### **Nombre**

#### **Derecho al nombre**

**Artículo 19º.-** Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

#### **Artículo 20º.- Apellidos del hijo<sup>42</sup>**

Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.<sup>43</sup>

#### **Artículo 21º.- Inscripción del nacimiento<sup>44</sup>**

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

## **TÍTULO I**

### **Filiación Matrimonial**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **Hijos Matrimoniales**

#### **Presunción de paternidad**

**Artículo 361º.-** El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

#### **Presunción de hijo matrimonial**

**Artículo 362º.-** El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

#### **Acción de filiación**

##### **Artículo 373º.-**

El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

#### **Pruebas en la filiación matrimonial**

**Artículo 375º.-** La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del Artículo 366º, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del Artículo 363º. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

#### **Impugnabilidad de la filiación matrimonial**

**Artículo 376º.-** Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

## **TÍTULO I**

### **Trasmisión Sucesoria**

#### **Trasmisión sucesoria de pleno derecho**

**Artículo 660º.-** Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

#### **Responsabilidad intra vires hereditatis**

**Artículo 661º.-** El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

#### **Responsabilidad ultra vires hereditatis**

**Artículo 662º.-** Pierde el beneficio otorgado en el Artículo 661º el heredero que:

- 1.- Oculta dolosamente bienes hereditarios.

## **TÍTULO II**

### **Petición de Herencia**

#### **Acción de petición de herencia**

**Artículo 664º.-** El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.

Las pretensiones a que se refiere este Artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.<sup>262</sup>

#### **Acción reivindicatoria de bienes hereditarios**

**Artículo 665º.-** La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título.<sup>263</sup>

#### **Retribución y resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios**

**Artículo 666º.-** El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

## **TÍTULO I**

### **Disposiciones Generales**

#### **Sucesión por testamento**

**Artículo 686º.-** Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala.



## **TÍTULO II**

### **Sucesión de los Descendientes**

#### **Igualdad de derechos sucesorios de los hijos**

**Artículo 818°.-** Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.

#### **Sucesión por cabeza y por stirpe**

**Artículo 819°.-** La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por stirpe, cuando concurren con hijos del causante